Das Testamentsvollstreckerzeugnis

unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift des § 2368 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Arnoldi

aus Remscheid.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Approbiert am 5. Juni 1912.

Remscheid

J. F. Ziegler'sche Buchdruckerei

1912.

56

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Einleitung: Seite

Die Begrenzung des Themas 1

Abhandlung:

Das Testamentsvollstreckerzeugnis unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift des § 2368 Abs. 3 BGB.

I. Kapitel:

Die unmittelbar auf das Zeugnis Anwendung findenden Vorschriften über den Erbschein 4

1. Abschnitt:

Die unmittelbar anwendbaren Vorschriften über den Erbschein auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Zeugnisses 4

§ 1. Allgemeine Betrachtungen über die Voraussetzungen des § 2368 BGB. und das Antragsrecht des oder der Testamentsvollstrecker. (§§ 2368 Abs. 1 S. 1, 2353, 2357 Abs. 1 BGB.) 4

§ 2. Das sogenannte beschränkte Testamentsvollstreckerzeugnis (§§ 2369, 2368 Abs. 3 BGB.) 8

§ 3. Die Einziehung und Kraftloserklärung des Zeugnisses. (§§ 2361, 2368 Abs. 3 BGB.) 12

§ 4. Die Berichtigung des Zeugnisses 18

2. Abschnitt:

Die unmittelbar anwendbaren Vorschriften über den Erbschein auf die rechtliche Wirkung des Zeugnisses.

§ 5. Der Anspruch auf Herausgabe des Zeugnisses. (§§ 2362 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.) 20

§ 6. Der Anspruch auf Auskunftserteilung (§§ 2362 Abs. 2, 2368 Abs. 3 BGB.) 24

II. Kapitel:

Die sinngemäß auf das Zeugnis Anwendung findenden Vorschriften über den Erbschein.

1. Abschnitt:

Die sinngemäß anwendbaren Vorschriften über den Erbschein auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Zeugnisses 26

Seite

§ 1. Das Verfahren:
A) Die formellen Voraussetzungen des Antrags. (§§ 2354—2355, 2368 Abs. 3 BGB.) 26
B) Der für das Zeugnis erforderliche Nachweis der Richtigkeit der Angaben des Antrags. (§§ 2356, 2368 Abs. 3 BGB.) 33

§ 2. Die Stellung des Nachlaßgerichts gegenüber dem Antrag auf Erteilung des Zeugnisses 38
A) Die Prüfung des Antrags. (§§ 2359, 2368 Abs. 3 BGB.) 38
B) Die Ermittelungspflicht des Gerichtes. (§§ 2358 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.) 40
C) Die Vorschrift des § 2360 BGB. zusammen mit § 2368 Abs. 3 BGB. 43
1. Die Anhörung des Prozeßgegners. (§§ 2360 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.) 43
2. Die Anhörung des Erben bezw. des Vollstreckers. (§§ 2360 Abs. 2, 2368 Abs. 2 und 3 BGB.) 45

§ 3. Der Inhalt des Zeugnisses. (§ 2368 Abs. 1 S. 2 BGB.) 46

2. Abschnitt:
Die sinngemäß anwendbaren Vorschriften über den Erbschein in Bezug auf die rechtliche Wirkung des Zeugnisses 51

§ 4. Die Vermutung aus §§ 2365, 2368 Abs. 3 BGB. 51

§ 5. Der öffentliche Glaube des Zeugnisses. (§§ 2366, 2367, 2368 Abs. 3 BGB.) 55

§ 6. Die Vorschrift der §§ 2370, 2368 Abs. 3 BGB. . 63

III. Kapitel:
Die überhaupt keine Anwendung findenden Vorschriften des Erbscheins auf das Testamentsvollstreckerzeugnis.

§ 1. Die Vorschrift des § 2354 Abs. 1 Z. 2 BGB. . . 65
§ 2. Die Vorschrift des § 2357 Abs. 3 S. 1 BGB. . . 66
§ 3. Die Vorschrift des § 2358 Abs. 2 BGB. 67
§ 4. Die Vorschrift des § 2363 BGB. 68
§ 5. Die Vorschrift des § 2364 Abs. 1 BGB. 72

Literaturverzeichnis.

1) **Binder**: Die Rechtsstellung des Erben. 2. Teil. Leipzig 1903.
2) **Binding**: Handbuch des Strafrechtes. Bd. 1. Leipzig 1885.
3) **Boschan**: Hilfsbuch für die gerichtliche Praxis VII: Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. 1. Teil. Berlin 1903.
4) **Bürgerliches Gesetzbuch** mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. 2. Nürnberg und Leipzig 1910.
5) **Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat**: 3. Jahrgang. Leipzig 1903.
6) **Cosack**: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Auflage. Jena 1904.
7) **Crome**: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 5. Tübingen 1912.
8) **Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches**: Berlin 1896.
9) **Denkschrift zum Entwurf eines freiw. Gerichtsbarkeitsgesetzes**: von Mugdan und Hahn.
10) **Deutsche Juristenzeitung 1903.**
11) **Drummen**: Das Testamentsvollstreckerzeugnis. Diss. Gießen 1911.
12) **Eck und Leonhard**: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 3. 1.—2. Aufl. Berlin 1904.
13) **Enneccerus**: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Marburg 1901.
14) **Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes**, zusammengestellt vom Reichsjustizamt.
15) **Eßlinger**: Der Erbschein nach dem BGB. Diss. Würzburg 1902.
16) **Fischer-Henle**: Das BGB. 7. Aufl. 1906.
17) **Frommhold**: Das Erbrecht des BGB. Berlin 1900.
18) **Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.**
19) **Juristische Wochenschrift 1906.**

20) **Josef**: Reichsgesetz über freiw. Gerichtsbarkeit und Preußisches Gesetz über freiw. Gerichtsbarkeit. Freiburg 1900.

21) **Franz Leonhard**: Kommentar zum BGB. 5. Buch. Erbrecht. Berlin 1912.

22) **Neumann**: Das BGB. 5. Aufl. Berlin 1900.

23) **Münchmeyer**: Der Deutsche Erbnachweis. Berlin 1904.

24) **Motive zum Entwurf eines BGB.**, Bd. 1, 2, 5 und 6. Berlin 1896.

25) **Mugdan**: Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 5. Berlin 1899.

26) **Peiser**: Handbuch des Testamentsrechtes. 2. Aufl. Berlin 1909.

27) **Planck**: Das BGB. Bd. 5. 3. Aufl. Berlin 1908.

28) **Protokolle der Kommission für die zweite Lesung zum Entwurfe des BGB.** Bd. 5. Berlin 1899.

29) **Olshausen**: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1905.

30) **Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Civilrechts** von Mugdan und Falkmann.

31) **Rehs**: Der Erbschein, insbesondere seine rechtliche Bedeutung. Diss. Greifswald 1907.

32) **Sammlung von Entscheidungen des OLG. für Bayern in Gegenständen des Civilrechts.**

33) **Staudinger**: Kommentar zum BGB. Bd. V; 5. und 6. Aufl. München und Berlin 1911.

34) **Strohal**: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1904.

35) **Siméon**: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Berlin 1898.

36) **Weiner**: Der Erbschein nach dem BGB. Diss. Leipzig 1906.

37) **Wellstein**: Reichsgesetz in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit. Berlin 1899.

38) **Weißler**: Das Deutsche Nachlaßverfahren. Kap. 13.

39) **Warneyer**: Das BGB. Berlin 1910.

40) **Zitelmann**: Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landrecht. Leipzig 1902.

Einleitung.

Die Begrenzung des Themas.

Das BGB. erwähnt das Testamentsvollstreckerzeugnis nur an einer Stelle, nämlich im § 2368. Hier heißt es:

„Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen. Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt oder hat der Erblasser angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll, so ist dies in dem Zeugnis anzugeben.

Ist die Ernennung nicht in einer dem Nachlaßgericht vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten, so soll vor der Erteilung des Zeugnisses der Erbe wenn tunlich über die Gültigkeit der Ernennung gehört werden.*)

Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Zeugnis entsprechende Anwendung; mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird das Zeugnis kraftlos."

Die vorliegende Arbeit will nicht die schon in verschiedenen Abhandlungen erörterten Einzelheiten des Unterschiedes zwischen Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis untersuchen, oder auf die juristische Natur des Testamentsvollstreckeramtes und die damit verknüpften Streitfragen eingehen. Gegenstand der Untersuchung ist vielmehr die Vorschrift des Abs. 3 des § 2368 BGB.: „Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechende Anwendung." Es soll untersucht werden, was unter „entsprechender Anwendung" der Vorschriften des Erbscheins auf das Testamentsvollstreckerzeugnis zu verstehen ist. Es fragt sich daher zunächst, was heißt „entsprechende Anwendung."

*) Vergl. § 2368 BGB.

Der § 2368 BGB. verweist in seinem Abs. 3 auf die Vorschriften über den Erbschein. „Verweisung" im eigentlichen Sinne des Wortes ist der Ausdruck des Gesetzesinhaltes durch Bezugnahme auf einen anderen inhaltlich nicht wiederholten Rechtssatz. Aber auch da ist von Verweisung zu reden, wo der verweisende Rechtssatz einen juristischen Ausdruck verwendet, dessen Bedeutung durch andere Rechtssätze schon festgestellt ist." [1]) Spricht das Gesetz daher in § 2368 BGB. vom Erbschein, so verweist es durch den Gebrauch dieses Wortes auf alle die begriffsentwickelnden Rechtssätze, die den Sinn des Wortes feststellen." [2]) Der verweisende Satz des § 2368 Abs. 3 BGB. ist selbst ein Rechtssatz, nur mit der Eigenschaft, daß er seinen materiellen Inhalt nicht unmittelbar ausspricht, sondern durch Verweisung auf den Erbschein bezeichnet. Es ist ein unvollständiger Rechtssatz, der direkt die Rechtssätze des Erbscheins für maßgebend erklärt, um seinen materiellen Inhalt durch Verbindung mit den Rechtssätzen über den Erbschein zu empfangen. [3]) Sagt daher der Abs. 3 des § 2368 BGB. „Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Zeugnis entsprechende Anwendung", so soll hiermit gesagt werden, daß der materielle Inhalt des Erbscheins soweit auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden soll, als er seinem wesentlichen Inhalt nach hierzu geeignet ist. Denn entsprechende Anwendung bedeutet: „Seinem wesentlichen Inhalt nach zum Ersatze geeignet." [4]) Es kann demnach unter entsprechender Anwendung verstanden werden, daß der Inhalt der Rechtssätze über den Erbschein auf das Testamentsvollstreckerzeugnis voll und ganz Anwendung findet, indem an Stelle der für den Erbschein angewandten Ausdrücke: „Erbschein" und „Erbe" beim Testamentsvollstreckerzeugnis die

---

[1]) Zitelmann: Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, S. 49.

[2]) Zitelmann: a. a. O., S. 49.

[3]) Enneccerus: Das BGB., Bd. 1, § 27, S. 65.

[4]) Olshausen: Kommentar z. StGB., 6. Aufl., z. EG., § 3, Nr. 4.

Ausdrücke „Testamentsvollstreckerzeugnis“ und „Testamentsvollstrecker“ treten. In diesem Falle kann von einer direkten oder unmittelbaren Anwendung gesprochen werden. Oder es können die Vorschriften über den Erbschein inhaltlich nur sinngemäß angewandt werden auf das Testamentsvollstreckerzeugnis. Es würde sich in diesem Falle um eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Erbschein auf das Testamentsvollstreckerzeugnis handeln. Denn „kein Gesetz“, sagen die Motive, „kann in dem Sinne vollständig sein, daß es für jedes denkbare, in den Rahmen des von ihm behandelten Rechtsstoffes fallende Verhältnis eine unmittelbare Vorschrift an die Hand gibt. Der Versuch, eine Vollständigkeit dieser Art zu erstreben, wäre verkehrtes Beginnen. Das BGB. muß im Bedürfnisfalle aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem ergänzt werden. Es enthält nicht eine tote Masse nebeneinander gestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen. Die ihnen zugrunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaues in sich. Dieser Ausbau vollzieht sich im Wege der Analogie. Ist ein Fall nicht im Gesetz entschieden, aber ein rechtsähnlicher Fall geregelt, so ist die für die letztere getroffene Entscheidung für die Beurteilung des ersteren maßgebend.“ [5]) Schließlich kann aber auch der Inhalt überhaupt keine Anwendung finden, „denn entsprechend kann auch sein, was inhaltlich widerspricht.“ [6]) Die Anwendung der Regeln über den Erbschein ist ausgeschlossen, wenn dadurch der Sinn des Testamentsvollstreckerzeugnisses zerstört wird.

Unter „entsprechender Anwendung“ ist daher in nachstehender Erörterung entweder eine unmittelbare oder eine sinngemäße zu verstehen, oder aber schließlich eine Anwendung, die überhaupt nicht Platz greifen kann. Von diesen 3 Gesichtspunkten aus soll in folgendem die Vorschrift des § 2368 Abs. 3 BGB. untersucht werden.

---

[5]) Motive. Bd. 1, S. 16 ff.
[6]) Binding: Handbuch 1, S. 282, Anm. 8.

I. Kapitel.

Die unmittelbar auf das Testaments-vollstreckerzeugnis Anwendung findenden Vorschriften über den Erbschein.

1. Abschnitt.

Das Gesetz gruppiert die Vorschriften über den Erbschein nach Tatbestand und Wirkung. Deshalb ist auch in vorliegender Untersuchung bei Beantwortung der Frage nach der unmittelbaren Anwendung zu unterscheiden, inwieweit die Vorschriften über den Erbschein unmittelbar Anwendung finden auf den Tatbestand des Testamentsvollstreckerzeugnisses und inwieweit sie Anwendung finden auf seine rechtliche Wirkung. Unmittelbar anwendbar auf Tatbestand und Wirkung sind alle diejenigen Vorschriften über den Erbschein, bei denen die Worte „Erbschein" und „Erbe" durch die Worte „Testamentsvollstreckerzeugnis" und „Testamentsvollstrecker" ersetzt werden können, ohne daß der Sinn zerstört wird oder eine Gesetzesbestimmung entgegensteht. Welche Vorschriften des Erbscheines unmittelbar Anwendung finden auf die tatsächlichen Voraussetzungen sei zunächst erörtert.

§ 1. Allgemeine Betrachtungen über die Voraussetzungen des § 2368 BGB. und das Antragsrecht des oder der Testaments-vollstrecker (§§ 2368 Abs. 1, 2353 Halbsatz 1, 2357 Abs. 1 BGB.)

Nach der Vorschrift des § 2368 BGB. Abs. 1 Satz 1 ist dem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen. Nachdem in dem Entwurfe zum BGB. zum Ausdruck gebracht worden war, daß dem Testaments-vollstrecker eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung

und Annahme des Amtes weder im Sinne einer Bestellung, noch im Sinne eines Legitimationspapieres nach Analogie des Erbscheins erteilt werden sollte (Motive Bd. 5 S. 222), hat die Kommission für die zweite Lesung eines Entwurfes zum BGB. diesen Standpunkt verlassen und auf Grund der von ihr entwickelten zutreffenden Ausführungen die Vorschrift ausgenommen, nach welcher dem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen ist. Indem die Kommission das Vorhandensein eines Bedürfnisses nach einer Bescheinigung des Testamentsvollstreckeramtes bejahte und dieser Bescheinigung nur dann eine Bedeutung beimaß, wenn ihr der Charakter eines Legitimationspapieres gegeben wurde, führte sie aus: „Man sah in der Bescheinigung ein zweckdienliches Mittel für den Testamentsvollstrecker sich auszuweisen, welches durch eine Ausfertigung des Testamentes nicht immer erreicht und ersetzt werden könne. Denn abgesehen davon, daß neben dem Testament stets eine gerichtliche Bescheinigung über die Annahme des Amtes und im Falle des § 1890 (§ 2198 BGB.) auch die von dem wahlberechtigten Dritten ausgestellte Urkunde vorgelegt werden müsse, sei eine gerichtliche Bescheinigung unumgänglich, wenn die Ernennung des Testamentsvollstreckers auf Ersuchen des Erblassers von dem Nachlaßgericht geschehen sei. Es empfehle sich daher in allen Fällen eine gerichtliche Bescheinigung zu erteilen, welche stets ausreichen und die befürchteten Nachteile nicht leicht mit sich bringen würde.“ [7])

Die Erteilung eines Zeugnisses setzt in materieller Hinsicht das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers voraus. Erforderlich ist daher die Ernennung einer Person zum Testamentsvollstrecker und die Annahme des Amtes durch diese Person.[8]) Die Ernennung erfolgt durch letztwillige Ver-

---

[7]) Protokolle der zweiten Kommission zum Entwurfe eines BGB., Bd. 5, S. 253 ff., S. 668 ff.

[8]) Bayr. Nachlaßordn., § 59, Abs. 2 verbietet ausdrücklich die Erteilung vor der Annahme des Amtes.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, § 681. Anm. 2: Den Beweis der ordnungsmäßigen Einsetzung der Testamentsvollstreckung und der Annahme hat der Antragsteller zu erbringen.

fügung (§ 2197 BGB.) oder im Erbvertrage. (§ 2299 BGB.)[9]) Sie erfolgt zu dem Zwecke den letzten Willen des Erblassers zu vollziehen. Den Wirkungskreis des Vollstreckers bestimmen Gesetz und Wille des Erblassers. Die Aufgabe des Vollstreckers kann sich darauf beschränken, bestimmte Anordnungen des Erblassers auszuführen, es kann ihm aber auch die Abwicklung der ganzen Erbschaft, Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und Herbeiführung der Auseinandersetzung unter den Erben und in Verbindung damit die Verwaltung des Nachlasses im ganzen oder die Verwaltung einzelner Gegenstände übertragen sein.[10]) Der Erblasser kann die Ernennung auch anderen Personen (§ 2198 BGB.) oder dem Nachlaßgericht übertragen (§ 2200 BGB.) oder die Bestimmung der Person des Vollstreckers durch einen Dritten vornehmen lassen. (§ 2198, Abs. 1, S. 1 BGB.) Fällt der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach Annahme des Amtes fort, so kann er einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen. (§ 2197, Abs. 2 BGB. Ersatztestamentsvollstrecker.) Er kann auch den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Nachfolger zu ernennen. (§ 2199 BGB, Abs. 2. Nachtestamentsvollstrecker.) Auch kann der Erblasser ihn ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker zu ernennen. (§ 2199, Abs. 1 BGB.) Um die Ernennung nach außen hin in Erscheinung treten zu lassen, bedarf es der Annahme des Amtes seitens des Ernannten. Die Annahme erfolgt ausschließlich durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Mit dem Augenblick, in welchem der Ernannte die Annahme des Amtes erklärt, beginnt sein Amt. (§ 2202 BGB.) Durch die Fassung in § 2368 BGB.: „Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis . . . . zu erteilen", verleiht das Gesetz jedem Testamentsvollstrecker ein Antragsrecht.[11]) Es charakterisiert das Antragsrecht als ein mit

---

[9]) Peiser: Handbuch, S. 223.

[10]) Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, § 150, S. 964.

[11]) Planck: a. a. O., Erl. 2 zu 2368 BGB. und Crome: a. a. O., Bd. 5, § 681, S. 297.

dem Amte des Vollstreckers unmittelbar verbundenes Recht. Der Testamentsvollstrecker hat die Befugnis, den Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu stellen, zu eigenem Recht.[12]) Sind gemäß § 2197 BGB. mehrere Vollstrecker ernannt, so bilden sie eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand. Nach § 2224 BGB. führen sie das Amt gemeinschaftlich. Schreibt der § 2357, Abs. 1 BGB. für den Erbschein vor, daß beim Vorhandensein mehrerer Erben ihnen auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen ist, so muß diese Vorschrift ebenfalls Anwendung finden. Mehreren Testamentsvollstreckern ist daher auf Antrag ein gemeinschaftliches Zeugnis zu erteilen.[13]) Die Vorschrift des § 2357 Abs. 1 Satz 1 findet somit Anwendung in der Weise, daß an Stelle des von mehreren Erben beantragten gemeinschaftlichen Erbscheines ein von mehreren Testamentsvollstreckern beantragtes gemeinschaftliches Testamentsvollstreckerzeugnis tritt. Die Vorschrift des § 2357 Abs. 1 Satz 1 findet mithin unmittelbar auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung. Da nach § 2357 Abs. 1 Satz 2 jeder Erbe beim Vorhandensein mehrerer Erben den Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins stellen kann, so muß auch dieses Recht jedem Testamentsvollstrecker beim Vorhandensein mehrerer Vollstrecker zuerkannt werden. Denn jedem Testamentsvollstrecker steht das Recht auf Erteilung eines Zeugnisses kraft eigenen Rechtes zu. Jeder Testamentsvollstrecker kann auch die Ausstellung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses beantragen.[14]) (§ 2357 Abs. 2 Satz 2 zusammen mit § 2368

---

[12]) Drummen: a. a. O., S. 8 und Leonhard: zu § 2368 II A.

[13]) Boschan: Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, 1. Teil, § 82, Anm. 3t, S. 295. Strohal: Das Deutsche Erbrecht, Bd. 2, § 69,2 II, S. 171. Neumann: BGB., 2. Bd., Anm. 2b zu § 2368. Staudinger: a. a. O., Anm. 1a zu § 2368 BGB. Crome: a. a. O., Bd. 5, § 681, Anm. 7.

[14]) Ebenso BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, Anm. 1 zu § 2368 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 1a zu § 2368 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 6a zu § 2368 BGB. Strohal: a. a. O., S. 171, EKG. Berlin v. 3. 10. 1904 in EFG., Bd. 5, S. 37. Siehe auch Leonhard: a. a. O., II A; Bayr. OLG. 7, 429.

Abs. 3.) Auch diese Vorschrift findet also unmittelbar Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis.

Jeder der Mitvollstrecker kann aber auch die Erteilung eines besonderen Zeugnisses verlangen.[15]) Voraussetzung der Erteilung eines solchen Zeugnisses (Staudinger a. a. O. Anm. 1a zu 2368 BGB. nennt es Sonderzeugnis) ist das Vorhandensein mehrerer Vollstrecker und der von einem dieser Vollstrecker ausgehende Antrag, für seine Person ein Zeugnis zu erhalten. Die Erteilung eines solchen Sonderzeugnisses kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des Antrages erfüllt sind, nicht versagt werden, da, wie erwähnt, jeder Vollstrecker die Befugnis auf Erteilung eines Zeugnisses zu eigenem Recht hat.

§ 2. Das sogenannte beschränkte Testamentsvollstreckerzeugnis nach §§ 2369, 2368 Abs. 3 BGB.

Das Recht auf Erteilung eines Zeugnisses steht dem Vollstrecker mit der Berufung zum Amte zu. Es ist unabhängig von dem Umfange seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse. Wenn daher gemäß § 2208 BGB. von dem Erblasser eine Einschränkung dahin angeordnet ist, daß seiner Verwaltung nur einzelne Nachlaßgegenstände unterliegen, oder wenn er nur zu einem Erbteil berufen ist, so kann der Vollstrecker doch ein Zeugnis über sein Amt verlangen.[16]) In solchen Fällen wird dem Vollstrecker ein beschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Der Unterschied zu dem gewöhnlichen Zeugnisse ist nur ein geringer. Während das beschränkte Zeugnis seinem Inhalt und seiner Wirkung nach sich nur auf einzelne, dem Verwaltungsrecht des Vollstreckers unterliegende Nachlaßgegenstände bezieht, erstreckt sich das

---

[15]) Crome: a. a. O., § 681, Anm. 7. Leonhard: a. a. O. II A zu § 2368.

[16]) Planck: a. a. O., Anm. 2 zu 2368 BGB.

gewöhnliche Testamentsvollstreckerzeugnis seinem Inhalt und seiner Wirkung nach auf den gesamten Nachlaß.[17]) Beim Erbschein wird in der Regel die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins, d. h. eines Erbscheins über einzelne Nachlaßgegenstände, nicht vorkommen.[18]) Jedoch ist durch die Vorschrift des § 2369 BGB. ein besonderer Fall eines gegenständlich beschränkten Erbscheins geregelt. Nach dieser Bestimmung kann ausnahmsweise ein gegenständlich beschränkter Erbschein beantragt werden. „Gehören zu einer Erbschaft, für die es an einem zur Erteilung eines Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgericht fehlt, Gegenstände, die sich im Inlande befinden, so kann die Erteilung eines Erbscheins für diese Gegenstände verlangt werden." Diese Bestimmung muß nach § 2368 Abs. 3 BGB. beim Vorliegen der gleichen Voraussetzungen auch für das Zeugnis Anwendung finden. Für die Erteilung eines beschränkten Testamentsvollstreckerzeugnisses im Sinne des § 2369, § 2368, Abs. 3 BGB. sind daher in diesem Falle folgende besonderen Voraussetzungen erforderlich: Es muß sich vor allem um eine Erbschaft handeln, zu der Gegenstände gehören, die sich im Inlande befinden, und es muß für die Erbschaft an einem für die Erteilung des Zeugnisses im ganzen zuständigen deutschen Nachlaßgericht fehlen. Gemäß § 72 FGG. ist in sachlicher Hinsicht das Nachlaßgericht, d. h. das Amtsgericht, zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ist für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ähnlich bestimmt, wie der allgemeine Gerichtsstand der ZPO. In erster Linie ist der Wohnsitz des Erblassers maßgebend. In Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen Aufenthaltsort hatte. Kommt auch ein solcher nicht in Frage, so ist der letzte inländische Wohnsitz für die Zuständigkeit entscheidend. Es ist demnach für einen Deutschen immer ein

---

[17]) Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB., Bd. 5., S. 845.

[18]) Staudinger: a. a. O., Anm. 5 zu § 2353 BGB., Anm. 1 zu § 2369 BGB.

Gericht für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gegeben. Anders dagegen ist es für einen Ausländer. Dieser kann im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort haben oder gehabt haben, dennoch aber Vermögen im Inlande besitzen. In diesem Falle ist für die Erbschaft als solche, d. h. für die Behandlung des Nachlasses im ganzen, ein deutsches Gericht nicht zuständig. Es würde aber eine Lücke im Gesetz sein, wenn für diesen Fall ein Gerichtsstand nicht begründet sein sollte. Es bestimmt daher der § 73 Abs. 3 FGG., daß, wenn der Erblasser ein Ausländer ist, und zur Zeit des Erbfalles im Inlande keinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat, das Gericht zuständig sein soll, in dessen Bezirk sich Nachlaßgegenstände befinden, und zwar in Ansehung aller[19]) im Inlande befindlichen Nachlaßgegenstände. Ob der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles bereits im Inlande war, oder ob er erst später dahin gebracht worden ist, macht keinen Unterschied.[20]) Als Gegenstände, die sich im Inland befinden, kommen in Betracht: 1) räumlich, im Gebiet des deutschen Reiches befindliche körperliche Sachen, 2) gegenständlich (Sachen oder Rechte), für die von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird (Grundbuch, Schiffsregister, Reichs- oder Staatsschuldbuch); 3) Ansprüche, wenn für die Klage aus denselben ein deutsches Gericht zuständig ist. (ZPO. § 23.)[21])

Die Frage, was unter Inland zu verstehen ist, entscheidet das Staats- und Völkerrecht. Außer dem Bundesgebiet gehören zum Inland die Konsulargerichtsbezirke und Schutzgebiete im Sinne der Reichsgesetze, wenn sie gemäß §§ 19, 26 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes oder nach § 3 des Schutzgebietsgesetzes durch kaiserliche Verordnung als Inland gelten sollen. Es kann mithin der Vollstrecker einer letztwilligen Verfügung eines Ausländers unter den Voraussetzungen der

---

[19]) Beim Zeugnis mit der Einschränkung des § 2369, Abs. 2 BGB.
[20]) Protokolle, Bd. 5, S. 696.
[21]) Neumann: BGB., Anm. 4 zu § 2369.

§§ 2369, 2368, Abs. 3 BGB. nach Maßgabe des § 73 FGG. bei dem Amtsgericht des Ortes, wo sich ein Nachlaßgegenstand befindet, die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragen.[22]) Die Vorschrift des § 2369 findet mithin auf das Testamentsvollstreckerzeugnis unmittelbar Anwendung, indem an Stelle des einen beschränkten Erbschein beantragenden Erben eines ausländischen Erblassers der Testamentsvollstrecker eines ausländischen Erblassers tritt, der ein Zeugnis beantragt.

Da es vorkommen kann, daß der ausländische Erblasser in mehreren inländischen Gerichtsbezirken Nachlaßgegenstände hat, so kann sich hieraus eine mehrfache Zuständigkeit ergeben. Sobald aber eins von den mehreren zuständigen Gerichten zuerst in der Sache tätig geworden ist, ist für die übrigen Gerichte die Zuständigkeit weggefallen. (§ 4 FGG.) Das angegangene Gericht ist „in Ansehung aller im Inlande befindlichen Nachlaßgegenstände zuständig." (§ 73, Abs. 3 FGG.)[23]) Nicht dagegen zuständig ist das Gericht, welches zuerst um Erteilung eines Zeugnisses angegangen ist,[24]) denn tätig geworden sein im Sinne des § 4 FGG. kann das Nachlaßgericht schon vor Stellung des Antrages, sei es durch Entgegennahme von Erklärungen,[25]) oder durch Vorlegung, z. B. des Grundbuches, zwecks Auskunft über ein im Inland befindliches, zum Nachlaß des ausländischen Erblassers gehörenden Grundstückes. Nach § 4 FGG. gebührt aber demjenigen Gericht unter mehreren zuständigen Gerichten der Vorzug, welches zuerst in der Sache tätig geworden ist.

---

[22]) Planck: a. a. O., Erl. 9 zu § 2339. Warneyer: BGB., Anm. 1 zu § 2368, Beschluß des OLG. Hamburg v. 10. Juli 1905 im RSpr. d. OLG., Bd. 11, S. 272.

[23]) Josef: FGG., § 4, Anm. 4 und 5.

[24]) So. Münchmeyer: Für den Erbschein in seiner Abhandlung über den deutschen Erbnachweis, S. 27.

[25]) Wellstein: FGG., § 4, Anm. 2.

§ 3. Die Einziehung und Kraftloserklärung des Testamentsvollstreckerzeugnisses. (§§ 2361, 2368 Abs. 3 BGB.)

Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist eine öffentliche Urkunde,[26]) ausgestellt von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form (§ 2366, § 2368 Abs. 3 BGB., § 415 ZPO.). Als solche genießt es öffentlichen Glauben.[27]) Der öffentliche Glaube gilt solange als das Zeugnis noch nicht kraftlos ist. Demzufolge kommt er auch zur Anwendung, wenn der Inhalt des Zeugnisses mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, wenn also das erteilte Zeugnis unrichtig ist. (§ 2361 BGB.) Die Erteilung darf nur erfolgen, wenn das Nachlaßgericht die Richtigkeit der Voraussetzungen, die zur Erteilung des Zeugnisses erforderlich sind, für festgestellt erachtet (§ 2359, § 2368, Abs. 3 BGB.) Ergibt sich bei der Prüfung ein Mangel in den Voraussetzungen, so ist die Erteilung des Zeugnisses bis zu ihrer Beseitigung zu versagen. Es kann sich aber das Testamentsvollstreckerzeugnis auch nachträglich als unrichtig herausstellen, z. B. wenn die in dem Zeugnis enthaltenen Angaben den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen. Eine solche Unrichtigkeit kann einmal bei Ausstellung des Zeugnisses begründet sein, indem das Zeugnis unrichtige Angaben, z. B. über den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, oder über die Person des Testamentsvollstreckers

---

[26]) Die Bestimmungen der ZPO. hinsichtlich seiner Beweiskraft finden jedoch keine Anwendung. „Denn das Testamentsvollstreckerzeugnis beurkundet keine dem Nachlaßgericht gegenüber abgegebene Erklärung, es enthält keine Aenderung und Verfügung oder Entscheidung, es bezeugt auch nicht Tatsachen, sondern ein Rechtsverhältnis." Eßlinger: a. a. O., S. 74 und Binder: a. a. O., § 14, Anm. 46 für den Erbschein.

[27]) Planck: a. a. O., Erl. 12 zu § 2368 BGB. Staudinger: a. a. O. Anm. 1c zu § 2368 BGB. Frommhold: Das Erbrecht des BGB., Anm. zu 2368 BGB., Boschan: a. a. O. § 82, Anm. 8, S. 300, Drummen: a. a. O. S. 41 ff.

macht, oder sonstige fälschliche Angaben enthält. Es kann auch das Nachlaßgericht das im Zeugnis bescheinigte Amt nicht mehr als nachgewiesen erachten. Auch in diesem Falle ist das Zeugnis als unrichtig anzusehen.[28]) Oder das Zeugnis ist deshalb unrichtig, weil der darin Bezeichnete garnicht Vollstrecker geworden ist. Die Unrichtigkeit kann aber auch eintreten, wenn bei Erteilung des Zeugnisses der Inhalt durchweg den tatsächlichen Verhältnissen entsprach, und die in ihm enthaltenen Angaben richtig waren, nachträglich aber Tatsachen eingetreten sind, die auf das bescheinigte Amt ändernd eingewirkt und dadurch eine Unrichtigkeit verursacht haben. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn ein dem Testamentsvollstreckeramt zu Grunde liegendes Testament mit Erfolg angefochten wird, oder wenn nach Erteilung des Zeugnisses der Fall der Nachfolge im Amt eintritt. Als Unrichtigkeit ist ferner eine Unvollständigkeit der im Zeugnis notwendig zu machenden Angaben anzusehen.[29]) In allen diesen Fällen der Unrichtigkeit können dem Testamentsvollstrecker und auch dem Erben infolge des öffentlichen Glaubens des Zeugnisses Rechtsnachteile erwachsen. Denn der öffentliche Glaube hat zur Folge, daß der durch das Zeugnis Legitimierte vollwirksam Rechte übertragen und über den Nachlaß verfügen kann. (§ 2366, § 2368, Abs. 3 BGB.) Sobald das Nachlaßgericht daher für festgestellt erachtet, daß ein erteiltes Testamentsvollstreckerzeugnis der wahren Rechtslage nicht entspricht, ist es verpflichtet, für dessen alsbaldige Beseitigung zu sorgen. Zu diesem Zwecke kann das Nachlaßgericht die Einziehung oder Kraftloserklärung des Zeugnisses anordnen. (§ 2368 Abs. 3 zusammen mit § 2361 Abs. 1 und 2 BGB.)[30]) Beide Maßregeln erfolgen durch Beschluß des Gerichtes. Zunächst hat

---

[28]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu 2361 BGB.

[29]) Planck: a. a. O., Erl. 3 zu 2361 BGB.

[30]) Boschan: a. a. O., § 82, Anm. 9, S. 300. Staudinger: a. a. O., Anm. 1b zu § 2368 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 8 zu § 2368 BGB. Fischer-Haenle: zu § 2368. Crome: a. a. O., § 681 I. 4, S. 300.

das Gericht die Einziehung des Zeugnisses anzuordnen. Mit der tatsächlichen Einziehung wird das Zeugnis ohne ausdrückliche Erklärung kraftlos, d. h. es verliert seine rechtliche Wirkung. (§§ 2368 Abs. 3 und 2361 Abs. 1 S. 2 BGB.) Kann das Zeugnis nicht sofort erlangt werden, so ist durch Beschluß die Kraftloserklärung auszusprechen. (§§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 2 S. 1.) Steht von vornherein fest, daß die sofortige Einziehung keinen Erfolg haben kann, oder nicht möglich ist, so kann die Kraftloserklärung sofort geschehen. Der Beschluß, der die Kraftlosigkeit ausspricht, ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der ZPO. bekannt zu machen. In der Regel also durch Anheften einer Ausfertigung des zuzustellenden Beschlusses oder einer beglaubigten Abschrift desselben an die Gerichtstafel; durch zweimaliges Einrücken eines Auszuges des Beschlusses in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Nachlaßgerichtes zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachung bestimmt ist, sowie durch einmaliges Einrücken des Auszuges in den „Deutschen Reichsanzeiger" (§ 204 Abs. 2 ZPO., § 2368 Abs. 3, § 2361 Abs. 2 S. 3). Gegen den die Einziehung anordnenden Beschluß ist nach §§ 19, 20 FGG. Beschwerde zulässig.[31]) Dagegen findet die Beschwerde gegen den Beschluß der Kraftloserklärung nicht statt. Denn „gegen den die Kraftloserklärung aussprechenden Beschluß soll Beschwerde nicht statthaft sein, da dieser Beschluß nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der ZPO. bekannt zu machen ist, und die Kraftloserklärung mit dem Ablauf des Monats nach dem öffentlichen Einrücken wirksam wird, und es nicht dahin kommen darf, daß er nach Veröffentlichung wieder aufgehoben wird."[32]) Wenn mithin die Vorschrift des § 2368, Abs. 3 BGB. sagt,

---

[31]) Planck: a. a. O., Erl. 8 zu § 2368 BGB., RSpr. d. OLG., Bd. 4, S. 126. Leonhard: a. a. O., V. A. zu § 2368.

[32]) Aus Denkschrift zu FGG. v. Hahn und Mugdan in RSpr. d. OLG. ebenda.

die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Testaments-vollstreckerzeugnis entsprechende Anwendung, so ist dieser Ausdruck in Bezug auf § 2368 BGB. dahin zu verstehen, daß die Vorschriften dieses Paragraphen unmittelbar auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden, indem an Stelle der Worte „Erbschein" und „Erbe" die Worte „Testamentsvollstreckerzeugnis" und „Testamentsvollstrecker" treten. In unmitttelbarer Anwendung auf das Testaments-vollstreckerzeugnis würde daher § 2361 BGB. Abs. 1 und 2 lauten:

„Ergibt sich, daß das erteilte Testamentsvollstrecker-zeugnis unrichtig ist, so hat es das Nachlaßgericht einzuziehen. Mit der Einziehung wird das Testamentsvoll-streckerzeugnis kraftlos.

Kann das Zeugnis nicht sofort erlangt werden, so hat das Nachlaßgericht durch Beschluß dasselbe für kraftlos zu erklären. Der Beschluß ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der CPO. bekannt zu machen. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam."

Nach den bisherigen Ausführungen wird die Einziehung und Kraftloserklärung ausgesprochen, wenn das im Zeugnis Bescheinigte als unrichtig festgestellt ist. Es könnte daher zweifelhaft erscheinen, ob auch das Testamentsvollstrecker-zeugnis, das infolge der Beendigung des Amtes des Vollstreckers nach § 2368 Abs. 3 BGB., Halbsatz 2 kraftlos wird, durch besonderen Beschluß für kraftlos erklärt werden muß. Dies ist zu verneinen.[33]) Der Beschluß über die Kraftloserklärung soll nach dem Gesetz erfolgen, wenn das Zeugnis unrichtig ist. Nun entspricht allerdings ein Zeugnis mit der Beendigung des Amtes des Vollstreckers auch nicht den tatsächlichen Verhältnissen

---

[33]) Leonhard: a. a. O., V. B. zu § 2368.

und ist daher unrichtig. Denn der im Zeugnis als Vollstrecker Bezeichnete ist in Wirklichkeit infolge der Beendigung — sei es durch Fristablauf oder Ausführung der letztwilligen Verfügung in allen Teilen (§§ 2209, 2210 BGB.), sei es infolge des Todes oder Unwirksamwerden der Ernennung zum Vollstrecker,[34]) durch Kündigung (§ 2226 BGB.), Entlassung (2227 BGB.), oder sei es, daß der Testamentsvollstrecker die volle Geschäftsfähigkeit verliert oder für seine Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhält (§ 2201, 1910 BGB.), oder die Erben die Erbschaft ausschlagen,[35]) oder daß das Testament, welches die Berufung enthält, hinfällig wird[36]) — nicht mehr Testamentsvollstrecker. Infolgedessen kann von einer Unrichtigkeit in diesen Fällen gesprochen werden. Diese tatsächliche Unrichtigkeit hat aber keine rechtliche Bedeutung, denn das von Anfang an richtig gewesene Zeugnis verliert infolge der Beendigung des Amtes seine Bedeutung für den Rechtsverkehr nicht. Vielmehr muß es dem neuen Testamentsvollstrecker, oder, wenn ein solcher nicht eintritt, den Erben nach wie vor hinsichtlich aller derjenigen Rechtshandlungen als Legitimation dienen, welche der bisherige Testamentsvollstrecker während der Dauer seines Amtes vorgenommen hat.[37]) Allerdings könnte im Interesse dritter Personen und der Verkehrssicherheit in den Fällen der Beendigung des Amtes die Kraftloserklärung ratsam erscheinen,[38]) damit der Mißbrauch mit dem kraftlos gewordenen Zeugnis vermieden wird. Eine solche Erwägung kann aber da nicht in Frage kommen, wo die gesetzlichen Grundlagen für die Kraftloserklärung deshalb fehlten, weil das Gesetz dem Zeugnis schon aus anderen Gründen (Tod, Unwirksamwerden des Amtes, Kündigung 2c.)

---

[34]) EFG., Bd. 10, S. 121 ff.

[35]) E. im Zentralblatt f. FG. und Not. N. 94, S. 492 ff.

[36]) Eck und Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB., Bd. 3, Buch V § 23, S. 160.

[37]) EKG., Bd. 5, S. 37 in FGG.

[38]) Staudinger: a. a. O., Anm. 2c zu § 2368.

die Wirksamkeit entzogen hat.[39]) Dagegen ist mit Planck[40]) darin übereinzustimmen, daß für die Rückgabe des kraftlos gewordenen Zeugnisses nach Möglichkeit vom Nachlaßgericht zu sorgen ist.[41])

Zur Einziehung oder Kraftloserklärung bedarf es keines förmlichen Antrages. Das Gericht muß vielmehr von Amts wegen einschreiten, sobald es von der Unrichtigkeit Kenntnis erhält. Wie es zu dieser Kenntnis gelangt, ist gleichgültig. Mit Rücksicht darauf, daß das Zeugnis zu erteilen ist, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen des Antrages als richtig festgestellt sind, und zum Zweck dieser Feststellung ein amtliches Ermittelungsverfahren vorgeschrieben ist (§§ 2359, 2358 Abs. 1 BGB.), muß dem Nachlaßgerichte die Befugnis zugesprochen werden, auch nach Erteilung des Zeugnisses Ermittelungen anzustellen, wenn sich begründete Zweifel über die Richtigkeit des Zeugnisses ergeben[42]) (§§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 3 BGB.)

Sind mehrere Ausfertigungen des Zeugnisses erteilt, so müssen alle eingezogen werden. Die Einziehung ist vollendet, wenn sämtliche Ausfertigungen an das Nachlaßgericht zurückgelangt sind.[43]) Denn da das Original des Zeugnisses durch jede einzelne Ausfertigung im Rechtsverkehr ersetzt wird, so wird jede Ausfertigung ihre Rechtswirkung äußern, solange sie sich im Verkehr befindet, d. h. solange sie nicht eingezogen oder kraftlos erklärt oder infolge der Beendigung des Amtes des Vollstreckers kraftlos geworden ist.

---

[39]) EKG. v. 21. 3. 1910 i. RSpr. d. OLG., Bd. 21, S. 357.

[40]) Planck: a. a. O., Anm. 9 zu § 2368. Marcus: Zentralbl. f. FG. und Not., 3. Jahrg., S. 830 ff. Leonhard: a. a. O., V. B. z. § 2368.

[41]) Vgl. PrFGG., Art. 15—17.

[42]) BGB. m. bes. Berücksichtigung d. RSpr. des RG. erläutert von Reichsgerichtsräten, Bd. 2, § 2361, Anm. 7.

[43]) Eßlinger: Der Erbschein nach BGB., S. 104. Neumann: a. a. O., Anm. 2 zu § 2361 BGB., RSpr. d. OLG., Bd. 2, S. 256., a. A. Strohal: a. a. O., S. 146, Anm. 37a. Weiner: Der Erbschein nach BGB., S. 79.

§ 4. Die Berichtigung des Zeugnisses.

Bei den Vorschriften über den Erbschein ist in den §§ 2353 bis 2370 BGB. die Möglichkeit einer Berichtigung nirgends erwähnt. Es könnte daher überflüssig erscheinen, bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschein auf das Testamentsvollstreckerzeugnis eine Möglichkeit zu erörtern, die die Vorschriften über den Erbschein übergehen. Wenn trotzdem in nachfolgendem auf eine Erörterung der Berichtigung eingegangen wird, so geschieht dies, weil das Testamentsvollstreckerzeugnis wie der Erbschein neben der Einziehung und Kraftloserklärung auch eine Berichtigung duldet. Die Berichtigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses ist im Anschluß an die Einziehung und Kraftloserklärung zu erörtern, da sie wie diese nur im Falle einer Unrichtigkeit vorkommt. In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage nach der Zulässigkeit einer Berichtigung des Erbscheins allgemein bejaht.[44]) Betont wird nur, daß im allgemeinen eine Berichtigung *statt* der Einziehung nicht zulässig ist.[45]) Ist die Berichtigung bei dem Erbschein statthaft, so wird man sie auch beim Testamentsvollstreckerzeugnis gestatten müssen. (§ 2368 Abs. 3 BGB.) Ein zwingender Grund beide Zeugnisse verschieden zu behandeln liegt nicht vor. Auch das Kammergericht hat sich in seiner Entscheidung vom 3. Oktober 1910[46]) im Sinne der Zulässigkeit eines Berichtigungsvermerkes für das Zeugnis ausgesprochen und die Berichtigung eines mehreren Testamentsvollstreckern über ihre Ernennung erteilten gemeinschaftlichen Zeugnisses statthaft erklärt, wenn nach dem Wegfall

---

[44]) Planck: a. a. O., Erl. 4 zu § 2361 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu § 2361 BGB. Boschan: a. a. O., § 16, S. 80. Fischer-Henle: BGB., Anm. 2 zu § 2361, Bayr. OLG., Bd. 6, S. 338. BGB, m. bes. Berücksichtigung d. RSpr. d. RG., erläutert von Reichsgerichtsräten, Bd. 2, § 2361, Anm. 1. Warneyer: a. a. O., Erl. 8 zu § 2363. Leonhard: 5b zu § 2368.

[45]) EKG. in RSpr. d. OLG., Bd. 16, S. 191.

[46]) EKG. v. 3. 10. 1904 in EFG., Bd. 5, S. 37.

eines von ihnen die übrigen, auf Grund der vom Erblasser ihnen erteilten Ermächtigung, an Stelle des Weggefallenen einen Nachfolger ernannt haben. Unrichtigkeit im Sinne des § 2361 BGB. liegt aber nur dann vor, wenn die notwendige Inhaltsangabe derartig falsch ist, daß auf Grund des dem Zeugnisse beigelegten öffentlichen Glaubens einem Dritten Rechtsnachteile erwachsen könnten. Dies würde aber im vorliegenden Falle nicht zutreffen. Können dem Dritten aus der Unrichtigkeit des Zeugnisses, z. B. beim Vorliegen von Schreibfehlern, irrtümlichen Namens-, Orts- oder Zeitangaben[47]) keine rechtlichen Nachteile erwachsen, so wird ein Berichtigungsvermerk immer für zulässig zu erachten sein, ohne daß es sofort zu einer Einziehung oder Kraftloserklärung kommen muß. Ob dies im einzelnen Falle zutrifft, ist Tatfrage.

---

[47]) Planck: a. a. O., Anm. 4 zu § 2361 BGB. Crome: a. a. O. § 681, Anm. 22.

2. Abschnitt.

Die unmittelbar anwendbaren Vorschriften über den Erbschein auf die rechtliche Wirkung des Zeugnisses.

§ 5. Der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Herausgabe eines unrichtigen Zeugnisses. (§§ 2362, Abs. 1, 2368, Abs. 3 BGB.)

Nach der Denkschrift zum Entwurf eines BGB. soll das Testamentsvollstreckerzeugnis die gleiche Wirkung haben wie der Erbschein.[48]) Unter den Vorschriften über den Erbschein, die von seiner rechtlichen Wirkung sprechen, ist in § 2362, Abs. 1, dem Erben das Recht gegeben, von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheines die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Das gleiche Recht ist nach Maßgabe des § 2364, Abs. 2 BGB. dem Testamentsvollstrecker gegeben. Auch er kann von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheines dessen Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen. Insbesondere wird der Testamentsvollstrecker die Herausgabe fordern können, wenn entgegen der Vorschrift des § 2364, Abs. 1 BGB. in dem Erbschein seine Ernennung nicht vermerkt ist. Nicht nur wegen der in der Ernennung des Vollstreckers liegenden Beschränkung der Erben hinsichtlich der Verwaltung und Verfügungsberechtigung ist die Erwähnung des Vollstreckers in dem Erbschein notwendig, sondern auch weil der Testamentsvollstrecker das Recht der Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß unter Ausschluß der Erben

---

[48]) Denkschrift z. Entw. eines BGB. S. 450. Frommhold: zu § 2368 BGB.

hat.[49]) Dieses Recht wird gefährdet, wenn seine Ernennung im Erbschein nicht enthalten ist. Denn der erteilte Erbschein legitimiert nach § 2365 BGB. den darin bezeichneten Erben zu allen Verfügungen über den Nachlaß, die auch der Testamentsvollstrecker gegen sich gelten lassen muß. Ein Fehlen dieser Angabe würde daher den Erbschein unvollständig und unrichtig im Sinne des § 2361 BGB. machen. Dem Vollstrecker steht daher neben dem Recht, die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen, das Recht zu, die Einziehung und Kraftloserklärung des unrichtigen Erbscheines zu fordern bezw. anzuregen.[50])

Eine andere Frage ist es, ob auch der Testamentsvollstrecker von dem Besitzer eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses die Herausgabe verlangen kann, unbeschadet der Pflichten des Nachlaßgerichtes von Amts wegen einzuschreiten. (§ 2361 BGB.) Diese Befugnis muß dem Testamentsvollstrecker eingeräumt werden, weil sein Verwaltungsrecht durch die Unrichtigkeit des Zeugnisses verletzt würde. Sein Verwaltungsrecht erleidet insbesondere eine Verletzung, wenn ein Dritter im Besitz des Zeugnisses ist. Dem wirklichen Testamentsvollstrecker gegenüber ist der Dritte Besitzer eines unrichtigen Zeugnisses. Denn nicht der besitzende Dritte soll durch das Zeugnis zur Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß legitimiert werden, sondern der nichtbesitzende wirkliche Testamentsvollstrecker. Letzterer ist daher nach § 2362 Abs. 1, § 2368 Abs. 3 BGB. berechtigt, von dem Besitzer eines unrichtigen Zeugnisses die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Gegen diese Annahme kann der § 2364 Abs. 2 BGB. als argumentum ex contrario nicht verwertet werden. Räumt nämlich das Gesetz dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich ein Recht auf Herausgabe eines unrichtigen Erbscheins ein, so kann daraus mangels einer

---

[49]) Vgl. §§ 2205 ff., 2211, 2212 BGB.

[50]) Staudinger: a. a. O., Anm. 3 zu § 2364 BGB.

positiven Gesetzesvorschrift nicht gefolgert werden, dem Testamentsvollstrecker sei ein Recht auf Herausgabe eines unrichtigen Zeugnisses verwehrt.[51]) Hier muß die Vorschrift des § 2368 Abs. 3 BGB. aushelfen und den § 2361 Abs. 1 BGB. auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis gelten lassen. In entsprechender Anwendung dieser Vorschrift hat daher auch der Vollstrecker das Recht von dem Besitzer eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. (§§ 2361, Abs. 1 BGB., 2368, Abs. 3 BGB.) Die Vorschrift des § 2361, Abs. 1 BGB. findet daher unmittelbar Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis. „Der wirkliche Testamentsvollstrecker kann von dem Besitzer eines unrichtigen Zeugnisses die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen."

Ist das unrichtige Zeugnis im Besitz eines anderen, so hat der Testamentsvollstrecker zwei Möglichkeiten, die Herausgabe zu erzwingen. Einmal kann er beim Nachlaßgericht die Einziehung oder Kraftloserklärung anregen oder er kann selbst im Wege der Klage vorgehen und nötigenfalls mittelst der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 883 ZPO. die Herausgabe durchsetzen.

Streitig ist, ob die Herausgabe an das Nachlaßgericht „als zum Zweck der Einziehung" des Zeugnisses erfolgend zu denken ist,[52]) oder ob das Zeugnis schon mit dem Zurückgelangen an das Nachlaßgericht von selbst kraftlos wird.[53]) M. E. ist der letzteren Ansicht beizutreten. Es ist der von den Gegnern vertretenen Ansicht beizustimmen, daß der Berechtigte einen selbständigen Herausgabeanspruch nach § 2362 Abs. 1 BGB.

---

[51]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1b zu § 2368 BGB. scheint unter entsprechender Anwendung des § 2362 Abs. 1 BGB. für das Testamentsvollstreckerzeugnis nur ein Recht des Erben auf Herausgabe eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verstehen.

[52]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu § 2362 BGB. Weißler: Das deutsche Nachlaßverfahren, S. 236.

[53]) Planck: a. a. O., Erl. 1 zu § 2362 BGB. Cosack: BGB. Bd. 2, S. 827, Z. 5a.

hat. Dieser Anspruch geht auf Herausgabe des unrichtigen Zeugnisses. Wird daher von dem Gericht, welches über den Anspruch zu entscheiden hat, durch Urteil festgestellt, daß das Zeugnis unrichtig und an das Nachlaßgericht herauszugeben ist, so würde eine besondere Feststellung über die Notwendigkeit der Zurückgabe nicht mehr erforderlich sein. Denn das Urteil hat dieselbe rechtliche Bedeutung, wie der die Einziehung anordnende Beschluß des Nachlaßgerichtes. Mit der tatsächlichen Einziehung, bezw. mit der Zurückgabe des Zeugnisses an das Nachlaßgericht wird das Zeugnis nach § 2361 Abs. 1, § 2368 Abs. 3 BGB. kraftlos, ohne daß ein besonderer, die Kraftloserklärung anordnender Beschluß erforderlich wäre. Ein solcher wäre aber immer erforderlich, wenn die Herausgabe des Zeugnisses zum Zwecke der Einziehung erfolgte. Das Nachlaßgericht würde daher in diesem Falle nochmals die materielle Rechtslage zu prüfen haben, bevor es die Einziehung durch Beschluß anordnen könnte.

Die Vorschrift des § 2362 findet noch soweit unmittelbar Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis, als auch der wirkliche Erbe von dem Besitzer eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses dessen Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen kann.[54]) Dieses Recht muß dem Erben in gleicher Weise gegeben werden, wie nach Maßgabe des § 2364, Abs. 2 BGB. dem Testamentsvollstrecker eingeräumt ist, von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheines dessen Herausgabe zu verlangen. Denn auch das Testamentsvollstreckerzeugnis legitimiert den Besitzer zur Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß. Mit Rücksicht auf die hierin liegende Gefährdung des Nachlasses durch den Besitzer eines unrichtigen Zeugnisses muß auch ihm das Recht auf Herausgabe zugesprochen werden. Wie er dieses Recht verwirklicht, ob durch Klage, oder durch Betreiben des Nachlaßgerichtes im Wege der Einziehung oder Kraftloserklärung, ist ohne Bedeutung.

---

[54]) Staudinger: a. a. O., Erl. 1 b zu § 2368 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 8, § 2368 BGB. Crome: a. a. O., § 681, I. 4, S. 300.

§ 6. Der Anspruch auf Auskunftserteilung gemäß § 2362 Abs. 2, § 2368 Abs. 3 BGB.

Der § 2362 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, hat dem wirklichen Erben über den Bestand und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen." Die gleiche Auskunftspflicht besteht auch für denjenigen, der auf Grund eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses in den Besitz der Erbschaft gelangt ist. (§ 2368 Abs. 3 BGB., zusammen mit § 2362 Abs. 2 BGB.) Gemäß § 2216 BGB. ist der Testamentsvollstrecker zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet. Nach § 2218 BGB. in Verbindung mit § 666 BGB. ist er verpflichtet, dem Erben die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen und nach Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen. Der Testamentsvollstrecker, dessen Auftrag auf die Verwaltung des Nachlasses geht, hat daher dem Erben auf Verlangen Auskunft über den Nachlaß zu geben und Rechenschaft über die Verwaltung abzulegen. Verwaltet der Testamentsvollstrecker auf Grund eines unrichtigen Zeugnisses, so wird er dieser Verpflichtung nicht enthoben. Die Vorschrift des § 2362, Abs. 2 BGB. findet daher insoweit unmittelbar Anwendung, als derjenige, dem ein unrichtiges Zeugnis erteilt ist, dem wirklichen Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen hat.[55])

Die Vorschrift des § 2362 Abs. 2 BGB. findet auch insofern unmittelbar Anwendung, als derjenige, dem ein unrichtiges Zeugnis erteilt ist, auch dem wirklichen Testamentsvollstrecker über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen hat. Dem wirklichen Testaments-

---

[55]) Ebenso Planck: a. a. O., Erl. 8 zu 2368 BGB. Crome: a. a. O., § 681, Ausf. I. 4, S. 300.

vollstrecker steht als Ausfluß seines Rechtes auf Verwaltung des Nachlasses das Recht auf Auskunftserteilung gegenüber demjenigen zu, der nicht wirklicher Vollstrecker ist, aber die Verwaltung auf Grund eines unrichtigen Zeugnisses führt.[56]) Der Besitzer des unrichtigen Zeugnisses hat daher die Verhältnisse anzugeben, wie sie zur Zeit des Beginnes der Nachlaßverwaltung lagen. Gemäß § 260 BGB. ist der Auskunftspflichtige gehalten, ein Bestandsverzeichnis vorzulegen und unter der Voraussetzung des § 260 Abs. 2 BGB. den Offenbarungseid in der dort angegebenen Form zu leisten.

Ferner hat derjenige, dem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, dem wirklichen Testamentsvollstrecker die nach § 2362 Abs. 2 BGB. vorgeschriebene Auskunft zu erteilen. Unter Besitzer eines unrichtigen Erbscheines im Sinne des § 2362 Abs. 2 BGB. ist dabei der zu verstehen, der nicht wirklicher Erbe ist. Hier wird der Testamentsvollstrecker mit Rücksicht auf sein Verwaltungsrecht nicht nur das Recht auf Herausgabe nach § 2364 Abs. 2 BGB. haben, sondern es muß ihm auch das Recht gegeben werden, von dem Besitzer des Nachlasses die im § 2362 Abs. 2 vorgeschriebene Auskunft zu verlangen. Dem Testamentsvollstrecker gegenüber handelt der Besitzer eines unrichtigen Erbscheines als Geschäftsführer ohne Auftrag, und als solcher ist er nach §§ 681, 666 bis 668 BGB. in Verbindung mit §§ 2362 Abs. 2, 2368 Abs. 3 BGB. verpflichtet, dem wirklichen Testamentsvollstrecker über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen.

---

[56]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1b zu § 2368 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 8 zu § 2368 BGB.

II. Kapitel.

Die sinngemäß auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung findenden Vorschriften über den Erbschein.

1. Abschnitt.

Wie im 1. Kapitel, so sei auch in folgendem die Einteilung der Vorschriften über den Erbschein nach Tatbestand und Wirkung bei der Erörterung der sinngemäß anwendbaren Vorschriften über den Erbschein beibehalten. Sinngemäß anwendbar sind alle diejenigen Vorschriften über den Erbschein, die ihrem Inhalt nach auf das Testamentsvollstreckerzeugnis analoge Anwendung finden können, ohne daß hierdurch der Sinn für das Zeugnis zerstört wird.

§ 1. Das Verfahren bei Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses.

A) Die formellen Voraussetzungen des Antrages: §§ 2354, 2355, 2368 Abs. 3 BGB.

Der Wortlaut und der Sinn des § 2368, Abs. 3 BGB. lassen keinen Zweifel darüber, daß das Zeugnis auch den Vorschriften über dasjenige Verfahren unterliegt, die für das Nachsuchen und die Erteilung des Erbscheins gelten. Aus ihrer entsprechenden Anwendbarkeit folgt aber nicht, daß alles, was für den Erbschein vorgeschrieben ist, buchstäblich auf das Zeugnis zu übertragen wäre. Vielmehr ist dem Unterschied zwischen der rechtlichen Stellung des Erben und der des Testamentsvollstreckers Rechnung zu tragen. Müssen daher die

formellen Erfordernisse der §§ 2354, 2355 BGB., die der Erbe beim Antrag auf Erteilung eines Erbscheins beobachten muß, grundsätzlich auch von dem Testamentsvollstrecker, der ein Zeugnis über sein Amt fordert, beobachtet werden, so fragt es sich, inwieweit dies im einzelnen zutrifft. Hinsichtlich der Antragserfordernisse ist beim Erbschein ein Unterschied gemacht, ob der Erbe kraft Gesetzes (§ 2354 BGB.) oder auf Grund einer Verfügung von Todes wegen (§ 2355 BGB.) zur Erbfolge berufen ist. Diese Unterscheidung kommt für den Testamentsvollstrecker nicht in Betracht, da er nur auf Grund einer letztwilligen Verfügung berufen sein kann.[57]) Die formellen Voraussetzungen des § 2354 BGB. können daher auf das Testamentsvollstreckerzeugnis nur insoweit Anwendung finden, als sie für den auf Grund einer letztwilligen Verfügung von Todes wegen beantragenden Testamentsvollstrecker im Antrage enthalten sein müssen.

Der Antrag hat gewisse Angaben zu enthalten, welche ihn in formeller Beziehung rechtfertigen. Insbesondere hat der Antragsteller die örtliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes durch Bezeichnung der in dieser Beziehung nach § 73 FGG. maßgebenden Tatsachen zu begründen.[58]) Beantragt er die Erteilung eines beschränkten Testamentsvollstreckerzeugnisses im Sinne der §§ 2369 BGB., 2368, Abs. 3 BGB., so hat außer der Angabe des Wohnsitzes des Erblassers noch die Bezeichnung der betreffenden Nachlaßgegenstände und ihre Lage zu erfolgen. Denn ohne diese Angabe wäre dem Gericht eine Prüfung des Antrages nicht möglich.[59])

Die Ernennung zum Vollstrecker hat zur Voraussetzung den Tod des Erblassers, die Berufung zum Amt sowie die Annahme des Amtes. Letztere Angabe braucht in dem Zeugnis nicht ent-

---

[57]) Vgl. §§ 2199, 2197 BGB.

[58]) Gruchots Beitr., Bd. 45, S. 228. Münchmeyer: a. a. O., S. 32. Planck: a. a. O., Erl. 1 zu § 2354 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 2 zu Vorm. zu § 2354—56 BGB.

[59]) Eßlinger: a. a. O., S. 52.

halten zu sein. Die Annahmeerklärung ist an eine besondere Form nicht gebunden. Sie geschieht durch formlose Willenserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. (§ 2202, Abs. 2 BGB.) Infolgedessen muß auch in dem beim Nachlaßgericht gestellten Antrag eine vollgültige Annahmeerklärung erblickt werden.[60]) Wird daher gemäß § 2368 BGB. ein Zeugnis erteilt, so bezieht sich das Zeugnis nicht nur auf die Ernennung allein,[61]) sondern es wird durch das Zeugnis auch dargetan, daß das Amt angenommen ist. Denn erst mit dem Zeitpunkt der Annahme ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden.

Notwendig anzugeben im Antrag ist dagegen der Zeitpunkt des Todes des Erblassers. (§§ 2354 Abs. 1 Z. 1, 2368 Abs. 3 BGB.) Denn das Gericht hat außer den formellen Angaben des Antrages auch die materielle Rechtslage zu prüfen, mithin auch den Tod des Erblassers festzustellen. Im Falle der Todeserklärung hat der Vollstrecker unter Bezugnahme auf das die Todeserklärung aussprechende Urteil den darin als Todeszeit festgesetzten Zeitpunkt anzugeben. (§ 18 Abs. 2 BGB., § 970 Abs. 2 EPO.) Er hat ferner die Verfügung zu bezeichnen, in der seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker enthalten ist und zutreffendenfalls auch die nach §§ 2198, 2199 BGB. zur Ergänzung der letztwilligen Verfügung notwendigen Urkunden über seine Berufung. (§§ 2355, 2368 Abs. 3 BGB.) Für den Fall, daß das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker ernannt hat, (§ 2200 BGB.) genügt außer der Angabe der die Vollstreckung anordnenden letztwilligen Verfügung ein auf die Ernennung seitens des Gerichts hinweisender Vermerk.

---

[60]) Planck: a. a. O., Anm. 3 zu § 2368 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu § 2368 BGB, RSpr. d. OLG., Bd. 14, S. 316 ff. = EFG., Bd. 6, S. 20 ff., ERG. v. 13. 1. 1906 in JWS. 1906, S. 132. Siehe auch Leonhard: a. a. O., II. B. zu § 2368. Binder: a. a. O., S. 14, I. E. für den Erbschein.

[61]) Volk: i. DJZ. 1903, S. 199, dagegen mit Recht. Marcus: im Zentralblatt für FGG. und Not., 3 Jahrg., S. 830 ff.

Da es im Belieben des Erblassers steht, die Ernennung zum Vollstrecker durch ein späteres Testament oder einen Erbvertrag zu beseitigen und einen anderen zum Vollstrecker zu ernennen, ist der Antragsteller verpflichtet, anzugeben, ob und welche Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind. (§§ 2355, 2368 Abs. 3 BGB.) Hierdurch soll dem Antragsteller mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Prüfung der Rechtsbeständigkeit einer letztwilligen Verfügung die Prüfung und Auslegung derselben entzogen und dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, zu erforschen, ob durch eventuelle Verfügungen die behauptete Berufung beseitigt ist.[62])

Was unter „Vorhandensein" einer Verfügung zu verstehen ist, ist streitig. Nach herrschender Ansicht[63]) ist eine „kassierte" und durch Rücknahme widerrufene Verfügung von Todes wegen nicht mehr als vorhanden im Sinne des § 2255 BGB. anzusehen, infolgedessen eine dementsprechende Angabe überflüssig. Da aber die Prüfung der Frage, ob eine Verfügung widerrufen ist (§ 2255 BGB.), oder als widerrufen zu gelten hat (§ 2256 BGB.) für den Antragsteller Schwierigkeiten mit sich bringen kann, so besteht für den Antragsteller die Pflicht, alle in Betracht kommenden Urkunden über seine Berufung dem Gericht vorzulegen. Es darf nicht dem Antragsteller überlassen bleiben, darüber zu entscheiden, ob die Angabe einer letztwilligen Verfügung, die eine Berufung zum Inhalt hat, notwendig ist oder nicht.[64])

Schließlich hat der Testamentsvollstrecker noch anzugeben, ob ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit seiner Ernennung und den Bestand des Testamentsvollstreckeramtes anhängig ist. (§§ 2354 Abs. 1 Z. 5, 2355, 2368 Abs. 3 BGB.) Denn auch die Feststellung dieser Tatsache ist für das Gericht bei der Erteilung des Zeugnisses von Bedeutung.

---

[62]) Staudinger: a. a. O. II., Anm. 4 zu §§ 2354—2356 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 2d zu § 2354 BGB.

[63]) Planck: ebenda. Staudinger: Vorm. II. A. 4 zu §§ 2354—56 BGB. Gruchots: Beitr., Bd. 45, S. 230, a. A. Voß: S. 668.

[64]) Eßlinger: S. 54. Münchmeyer: S. 83. Voß: in Gruchots Beitr., Bd. 43, S. 668.

Bestritten ist die Frage, ob es bei dem Antrage auf Erteilung eines Zeugnisses der Angabe bedarf, ob und welche Personen vorhanden sind oder waren, durch die der Antragsteller von seinem Amt ausgeschlossen ist oder sein Recht zur Verwaltung gemindert werden würde. Strohal[65]) nimmt zu dieser Frage ausdrücklich nicht Stellung. Planck, Staudinger und Boschan[66]) bejahen die Notwendigkeit dieser Angabe. Dieser Ansicht ist beizustimmen. Denn gemäß § 2197 Abs. 1 BGB. kann der Erblasser mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Nach § 2357 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 2368 Abs. 3 BGB. sind in dem Zeugnis die Namen der Mitvollstrecker anzugeben. Daher muß auch der Antrag die Angabe enthalten, daß noch andere Testamentsvollstrecker vorhanden sind, die den Umfang seines Verwaltungsrechtes mindern. Denn gemäß § 2224 BGB. führen mehrere Vollstrecker das Amt gemeinschaftlich. In der Berufung mehrerer Vollstrecker liegt aber schon eine Beschränkung des Einzelnen. Auch kann der Erblasser nach § 2197 Abs. 2 BGB. für den Fall des Wegfalles eines Vollstreckers einen Ersatzvollstrecker ernannt haben, oder es kann der Testamentsvollstrecker nach § 2299 Abs. 2 BGB. ermächtigt sein, einen Nachfolger im Amt zu ernennen. In den Fällen, wo der Nachvollstrecker oder der Ersatzvollstrecker das Amt antreten und ein Zeugnis beantragen, muß das Gericht Gewißheit über die Beendigung des Amtes ihres Vorgängers haben. Infolgedessen erscheint die Angabe notwendig, ob andere Vollstrecker vorhanden waren, durch die der Antragsteller von seinem Amt ausgeschlossen oder darin beschränkt werden würde.

Eine Angabe, daß eine Person vorhanden ist, die den Antragsteller von seinem Amt ausschließt, wird wohl in dem Antrag nicht zu machen sein, da es widersinnig sein würde,

---

[65]) Strohal: a. a. O., S. 171.

[66]) Planck: a. a. O., Erl. 6b zu § 2368 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 1a zu § 2368 BGB. Boschan: a. a. O., § 82, Anm. 3 B., S. 295.

wenn der Antragsteller in diesem Falle die Erteilung eines Zeugnisses beantragen würde. Eine Angabe, daß andere Vollstrecker vorhanden waren, die den Antragsteller in seinen Befugnissen mindern, wird dagegen zu machen sein, da ein späteres Auftreten der zur Zeit des Antrages nicht vorhandenen Vollstrecker nicht ausgeschlossen erscheint (z. B. infolge fälschlicher Todeserklärung, Aufhebung der beschränkten Geschäftstätigkeit oder der Anordnung einer Pflegschaft für einen Testamentsvollstrecker). Auch erscheint die Angabe des § 2354 Abs. 1 Z. 3 deshalb notwendig, weil das Nachlaßgericht auf Grund der Akten und der eingereichten Schriftstücke von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Testamentsvollstreckeramtes anderer Personen als des Antragstellers vielfach, oder sogar in den meisten Fällen, keine Kenntnis hat.

Gemäß §§ 2355, 2354 Abs. 2 BGB. ist der Antragsteller verpflichtet, den Wegfall seines Vorgängers bezw. eines anderen Vollstreckers anzugeben. Sind solche Personen weggefallen, durch die er von seinem Amt ausgeschlossen, oder durch die seine Befugnisse beschränkt sein würden, so hat der Antragsteller anzugeben, w i e diese Personen weggefallen sind. Im Falle der Kündigung (§ 2226 BGB.) und der Entlassung (§ 2227 BGB.) eines Testamentsvollstreckers sind jedoch nach meinem Dafürhalten diese Angaben überflüssig, da in diesen Fällen das Gericht auf Grund der Nachlaßakten bereits über den Grund des Wegfalles unterrichtet ist.

Beantragt sonach ein Testamentsvollstrecker die Erteilung eines Zeugnisses, so hat er anzugeben:

1. Die Zeit des Todes des Erblassers,

2. die Verfügung von Todes wegen, auf der seine Ernennung beruht, und eventuell die sich darauf gründende Bestimmung der Ernennung seitens des Dritten, eines anderen Testamentsvollstreckers (§§ 2198 bis 2199 BGB.) oder der Behörde (§ 2200 BGB.),

3. ob und welche Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind,

4. ob ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit oder den Bestand seines Amtes anhängig ist,

5. ob und welche Personen vorhanden sind oder waren, durch die er von seinem Amt ausgeschlossen, oder durch die der Umfang seiner Amtsbefugnisse gemindert ist,

und endlich, wenn eine Person weggefallen ist, durch die er von dem Amt ausgeschlossen oder durch die seine Befugnisse gemindert sein würden, in welcher Weise die Person weggefallen ist. (§§ 2354, 2355, 2368 Abs. 3 BGB.)

Die formellen Voraussetzungen des Antrages auf Erteilung eines Erbscheins finden auf das Testamentsvollstreckerzeugnis daher sinngemäß und modifiziert (§ 2354 Abs. 1 Z. 2) Anwendung. Soweit sie Anwendung finden, sind sie anwendbar mit der Maßgabe, daß an Stelle der Verfügung, auf der das Erbrecht des Erben beruht, die Verfügung tritt, auf der die Berufung zum Testamentsvollstreckeramt beruht, und an Stelle des Ausschlusses von der Erbfolge die Berufung anderer Personen als Testamentsvollstrecker, und schließlich an Stelle des Rechtsstreits über das Erbrecht ein Rechtsstreit über die Rechtswirksamkeit seiner Ernennung und den Bestand des Amtes.[67])

Sind mehrere Vollstrecker ernannt, so sind in dem Antrag die Mitvollstrecker und der Umfang der ihnen zustehenden Verwaltungsbefugnisse anzugeben.[68]) (§§ 2357 Abs. 2, § 2368 Abs. 3 BGB.) Die Notwendigkeit, die Mitvollstrecker anzugeben, ergibt sich m. E. schon aus der Vorschrift des § 2368

---

[67]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1a zu § 2368 BGB. RSpr. d. OLG. Bd. 18, S. 372 ff.

[68]) Strohal: a. a. O. § 69 III 2, S. 171.

Abs. 3 BGB. in Verbindung mit § 2354 Abs. 1 Z. 3: „Ob und welche Personen vorhanden sind, durch die die Befugnisse gemindert würden". Die Angabe der Befugnisse der Vollstrecker im Antrage ist deshalb erforderlich, damit im Falle der Erteilung eines Zeugnisses ihre Befugnisse erwähnt werden können. Denn die Angabe dieser Befugnisse ist dann notwendig, wenn diese von den gesetzlichen Regeln abweichen.

Die Vorschrift des § 2357 Abs. 2 BGB. findet daher auf das Testamentsvollstreckerzeugnis gleichfalls sinngemäße Anwendung, indem an Stelle der Ausdrücke „Erben" und „Erbteile" die Ausdrücke „Testamentsvollstrecker" und „Umfang der Verwaltungsbefugnisse" treten.

B) Der dem beantragenden Testamentsvollstrecker obliegende Nachweis der Richtigkeit der im Antrage gemachten Angaben: (§ 2356, § 2368 Abs. 3 BGB.)

Mit Rücksicht auf den dem Testamentsvollstreckerzeugnis als einer öffentlichen Urkunde beigelegten öffentlichen Glauben und den sich hieraus ergebenden weittragenden Wirkungen des Zeugnisses im Verkehr muß der Testamentsvollstrecker wie der Erbe aus den gleichen Gründen die Richtigkeit der in seinem Antrage auf Erteilung eines Zeugnisses enthaltenen Angaben nachweisen. Da die materielle Grundlage für die Erteilung eines Zeugnisses verschieden ist von derjenigen des Erbteils, so können die für den Erbschein geltenden Vorschriften des § 2356 BGB. nur sinngemäße Anwendung finden. Der Testamentsvollstrecker hat eine andere „Richtigkeit" nachzuweisen wie der Erbe. Während der Erbe die Richtigkeit seines Erbrechtes nachzuweisen hat,[69]) muß der Vollstrecker

[69]) Binder: a. a. O., § 14 IC, S. 5.

die Richtigkeit seiner Ernennung nachweisen. (§ 2356 Abs. 1, § 2368 Abs. 3 BGB.) Den Nachweis der Richtigkeit seiner Ernennung führt der Testamentsvollstrecker durch Vorlage der Urkunden über den Tod des Erblassers und seine Berufung. Der Nachweis des Todes ist deshalb erforderlich, weil das Zeugnis nur unter der Voraussetzung des Todes des Erblassers erteilt werden kann. Der Tod ist durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. (§§ 2354, Abs. 1 Z. 1, 2356, 2368 Abs. 3 BGB.) Er hat daher die Urkunden vorzulegen, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse, oder einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Der regelmäßige Nachweis wird durch Vorlage einer amtlichen Sterbeurkunde, oder auch eines die Todeserklärung aussprechenden Urteils geschehen. Ist der zunächst berufene Testamentsvollstrecker fortgefallen, oder ist ein Mitvollstrecker gestorben, so hat der beantragende Vollstrecker auch diese Tatsachen durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. (§§ 2354 Abs. 2, 2356, 2368 Abs. 3 BGB.) Da er auch die Richtigkeit seiner Berufung nachzuweisen hat, so muß der Testamentsvollstrecker auch die Berufungsurkunde vorlegen. (§ 2356, § 2368 Abs. 3 BGB.) Die Bestimmung über die Vorlage dieser Urkunde wird wohl in den seltensten Fällen praktische Bedeutung haben, da das Nachlaßgericht sich schon meist in dem Besitze dieser Urkunden befinden wird. (Vgl. § 2246 BGB. Art. 81 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum BGB., §§ 2259, 2261 BGB.) Es wird daher in der Regel eine Bezugnahme auf die letztwillige Verfügung genügen. Ist der Antragsteller jedoch im Besitze eines Privattestaments, so muß er es gleichzeitig mit seinem Antrage einreichen. Ist seine Berufung nach Maßgabe des § 2198 BGB. oder des § 2199 BGB. erfolgt, so ist auch diese Urkunde, die die Bestimmung bezw. namentliche Benennung des Testamentsvollstreckers enthält, vorzulegen. Dagegen findet ein Nachweis der in § 2354 Abs. 1 Z. 2, § 2356 BGB. vorgeschriebenen Angabe — Nachweis der Angaben, auf welchem

Verhältnis das Erbrecht beruht — nicht Anwendung, weil es sich bei dem Antrage auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses stets um eine Berufung auf Grund einer letztwilligen Verfügung handelt. Die Vorlage dieser Urkunde ergibt sich aber aus §§ 2355, 2356 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.

Die Vorschrift des § 2356 Abs. 1 BGB. findet mithin auf das Testamentsvollstreckerzeugnis sinngemäß Anwendung, und zwar mit der Maßgabe, daß an Stelle des für den Erben vorgeschriebenen Nachweises durch die Urkunde über sein Erbrecht, hier der Nachweis durch die Urkunde über die Ernennung zum Testamentsvollstrecker tritt. Die Vorschrift findet ferner sowohl modifiziert, als auch in erweitertem Umfang sinngemäß Anwendung, insofern als einerseits der Nachweis aus § 2354 Abs. 1 Z. 2, § 2356 BGB. nicht stattfinden kann, andererseits bei Ernennung durch einen Dritten oder eine Behörde beim Testamentsvollstreckerzeugnis noch die Urkunde über die Bestimmung des Vollstreckers hinzutreten muß.

Wenn nun den Testamentsvollstrecker bei seinem Antrage alle Erschwerungen treffen, die der Nachweis seiner Berufung mit sich bringt, so sind ihm auch alle Vergünstigungen bezw. Erleichterungen zuzusprechen, die auch dem Erben gegeben sind. Schreibt der § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB. vor, daß, wenn die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind, die Angabe anderer Beweismittel genügt, so muß diese Vorschrift auch auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden. (§ 2356 Abs. 1 Satz 2, § 2368 Abs. 3 BGB.) Während das Gesetz den Nachweis der Richtigkeit durch Vorlage öffentlicher Urkunden bei allen positiven Tatsachen verlangt, läßt es den Nachweis der negativen Tatsachen durch eidesstattliche Versicherung zu. (§ 2356 Abs. 2 BGB.) Nach dieser Vorschrift zusammen mit § 2368 Abs. 3 BGB. muß daher auch dem Testamentsvollstrecker der Nachweis in Ansehung der übrigen nach den §§ 2354, 2355 BGB. erforderlichen Angaben durch

eidesstattliche Versicherung gestattet werden.[70]) Bei dem Testamentsvollstreckerzeugnis kommt eine solche eidesstattliche Versicherung bezüglich folgender Angaben in Betracht:

1. Ob und welche Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind,
2. ob und welche Personen vorhanden sind oder waren, durch die er von dem Amt ausgeschlossen oder durch die sein Amt beschränkt sein würde,[71])
3. ob ein Rechtsstreit über das Testamentsvollstreckeramt anhängig ist.

Der Abs. 2 des § 2356 BGB. kommt daher im vollen Umfange für das Testamentsvollstreckerzeugnis in Anwendung. Nur für die Verweisung des § 2356 Abs. 2 BGB. auf § 2354 Abs. 1 Z. 2 ist kein Raum.

In gleicher Weise wie das Nachlaßgericht für den Erben die eidesstattliche Versicherung erlassen darf, wenn es dieselbe nicht für erforderlich erachtet, kann das Gericht auch dem Testamentsvollstrecker diesen Nachweis erlassen. (§ 2356 Abs. 2 S. 2, § 2368 Abs. 3 BGB.) Selbstverständlich braucht auch der Testamentsvollstrecker die dem Gericht offenkundigen Tatsachen nicht zu beweisen (§ 2356 Abs. 3, § 2368 Abs. 3 BGB.)[72])

Sind mehrere Vollstrecker ernannt, so gilt der von dem Antragsteller erbrachte Beweis als auch von ihnen geliefert. (§ 2357 Abs. 3 S. 2, § 2368 Abs. 3 BGB.) Grundsätzlich hat aber jeder von ihnen die eidesstattliche Versicherung abzugeben,

---

[70]) Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch einen Vertreter wird beim Testamentsvollstreckerzeugnis — im Gegensatz zum Erbschein — nicht in Frage kommen, da Voraussetzung der Erteilung eines Zeugnisses die volle Geschäftsfähigkeit des zum Amte Berufenen ist. Vergl. hierzu die Ausführungen von Binder: a. a. O., Anm. 24, und Frommhold: a. a. O., Bem. 2 zu § 2356 für den Erbschein.

[71]) desgl. RSpr. d. OLG., Bd. 18, S. 312 ff.

[72]) Vergl. hierzu Binder: a. a. O. IC zu § 14, Ausführungen über den Erbschein.

sofern nicht das Nachlaßgericht die Versicherung eines oder einiger von ihnen für ausreichend erachtet. (§ 2357 Abs. 4, § 2368 Abs. 3 BGB.) Während aber für den gemeinschaftlichen Erbschein die eidesstattliche Versicherung eines Miterben, die anderen Erben hätten die Erbschaft gleichfalls angenommen (§ 2357 Abs. 3 S. 1 BGB.) genügt, muß jeder Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes selbständig erklären, denn der Testamentsvollstrecker kann die Annahme seines Amtes nur durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht kund tun, wohingegen die Annahme der Erbschaft formlos (§ 1942 ff. BGB.) oder durch Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1943 BGB.) geschehen kann.

Streitig ist, ob ein Mitvollstrecker zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Wege der Klage angehalten werden kann. Staudinger[73]) scheint diese Frage für den Erben im Hinblick auf die Bemerkung der Protokolle Bd. 5 S. 679 zu verneinen. Nach Planck[74]) dagegen ist eine solche Mitwirkungspflicht für den Erben unter Umständen gegeben. Er folgert dies aus der den Miterben nach § 2038 Abs. 1 S. 2 BGB. auferlegten Mitwirkungspflicht zur Verwaltung des Nachlasses. Aus dieser Mitwirkungspflicht lasse sich die Rechtspflicht ableiten, zur Erlangung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses auch durch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung behülflich zu sein. Nach dieser Ansicht, der ich beitreten möchte, besteht aber auch analog für den Mitvollstrecker eine Pflicht zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Denn auch für die mehreren Vollstrecker besteht eine Mitwirkungspflicht zur Verwaltung des Nachlasses. (§ 2224 BGB.) Infolgedessen ist nach meinem Dafürhalten auch ein Mitvollstrecker zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung unter Umständen verpflichtet und im Weigerungsfalle im Wege der Klage zur Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung zu zwingen.[75])

---

[73]) Staudinger: a. a. O., Anm. 2c zu § 2357 BGB.
[74]) Planck: a. a. O., Erl. 6 zu § 2357 BGB.
[75]) Drummen: a. a. O., § 4, S. 26.

§ 2. Die Stellung des Nachlaßgerichts gegenüber dem Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. (§§ 2358 bis 2360, 2368 Abs. 3 BGB.)

A) Die Prüfung des Antrags. (§§ 2359, 2368 Abs. 3 BGB.)

Die Anordnungen des Gesetzes, wie sich das Nachlaßgericht dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheines gegenüber zu verhalten hat, sind in den §§ 2358 bis 2360 BGB. geregelt. Den Hauptgrundsatz der Bestimmungen enthält § 2359 BGB.: „Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet." Im Hinblick auf den Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses, im Verkehr als Beweiserleichterungsmittel und Legitimationspapier zu dienen,[76]) sowie im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Zeugnisses muß diese Vorschrift entsprechend anwendbar sein auf das Testamentsvollstreckerzeugnis. (§ 2368 Abs. 3 BGB.)[77]) Es könnte zunächst erscheinen, als ob unter einer entsprechenden Anwendbarkeit dieses Paragraphen eine unmittelbare Anwendbarkeit zu verstehen sei, indem an Stelle des Wortes „Erbschein" das Wort „Testamentsvollstreckerzeugnis" tritt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn die Tatsachen, die beim Erbschein als festgestellt angesehen werden müssen, um eine Erteilung zu rechtfertigen, sind verschieden von denjenigen Tatsachen, die die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses rechtfertigen. Dies ergibt sich sowohl aus dem verschiedenen materiellen Inhalt beider Zeugnisse, als auch aus der verschiedenartigen rechtlichen Stellung des Vollstreckers und des Erben. Unter einer entsprechenden Anwendung des § 2359 BGB. ist daher eine sinngemäße zu verstehen.

Welche Tatsachen muß nun das Nachlaßgericht für festgestellt erachten, damit das Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt werden kann?

---

[76]) Protokolle der 2. Kommission zum Entw. eines BGB., Bd. 5, S. 253 ff., 688 ff. Boschan: a. a. O., § 82, Anm. 2, S. 295.

[77]) Crome: a. a. O., § 681 I_2 2, S. 298.

Die Angaben des Antragstellers sollen den Antrag begründen. Das Gericht hat daher den Antrag zunächst auf seine formellen Erfordernisse zu prüfen. Entsprechen diese den Gesetzesvorschriften, so wird das Gericht in eine Prüfung darüber eintreten, ob die den Antrag begründenden materiellen Erfordernisse gegeben sind; m. a. W., ob die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen festgestellt sind. (§§ 2359, 2368 Abs. 3 BGB.) Hierbei hat das Gericht nach freiem richterlichen Ermessen und unter Berücksichtigung und Erwägung aller Umstände des einzelnen Falles seine Entscheidung zu treffen. Es muß die für das Gericht offenkundigen Tatsachen berücksichtigen und in jedem Falle sich der vollständigen Prüfung der Sache unterziehen.

Die Tatsachen, die das Gericht auf ihre Richtigkeit zu prüfen hat, ergeben sich aus den §§ 2354 bis 2356, 2368 Abs. 3 BGB. Es sind dies der Tod des Erblassers, die Berufung zum Amt, sowie die Annahme des Amtes. Vor allem wird das Nachlaßgericht die Gültigkeit der die Anordnung der Vollstreckung enthaltenen Verfügung von Todes wegen zu prüfen und ihren Inhalt auszulegen haben.[78]) Erachtet das Nachlaßgericht das Testament für nichtig, oder wird dessen Nichtigkeit von einem Beteiligten geltend gemacht, so muß das Gericht von Amts wegen prüfen und nach den Ergebnissen seiner Ermittelungen (§ 12 FGG.) entscheiden. Nicht darf sich das Gericht durch Verweisung auf den Prozeßweg dieser Pflicht entziehen. Ist das Testament dagegen bloß anfechtbar, z. B. aus den Gründen der §§ 2079, 2078 BGB., so wird hierdurch die Erteilung des Zeugnisses nicht gehindert. Denn Tatsachen, die erst bei dem Hinzutreten weiterer Umstände das Recht auf Ernennung zum Testamentsvollstrecker entkräften, stehen der Erteilung eines Zeugnisses nicht entgegen und sind auch in dem Zeugnisse nicht aufzunehmen.[79]) Anderer Ansicht

[78]) RSpr. d. OLG., Bd. 21, S. 357 ff.

[79]) So für den Erbschein: Planck: a. a. O., Anm. 4 zu § 2359. Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu § 2354 und § 2356 BGB. Voß: a. a. O., S. 662. Binder: a. a. O., Teil 2, S. 6; Zentralbl. 2, S. 149 u. 195. Weiner: a. a. O., S. 45.

ist Strohal. Er führt aus:[80]) „findet das Gericht, daß die Urkunde über die Ernennung anfechtbar ist, so wird es dem Antrage solange nicht stattgeben dürfen, als mit der naheliegenden Möglichkeit zu rechnen ist, daß der Anfechtungsberechtigte von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen werde."

Allerdings wird das Nachlaßgericht gut daran tun, den Anfechtungsberechtigten von der Anfechtungsmöglichkeit in Kenntnis zu setzen, um einer späteren Einziehung oder Kraftloserklärung eines durch die erfolgreiche Anfechtung nichtig gewordenen Testamentsvollstreckerzeugnisses vorzubeugen. Ist aber das Anfechtungsrecht nach Ablauf eines Jahres gemäß § 2082 BGB. erloschen, so wird der Erteilung kein Hindernis mehr im Wege stehen.

Die Erteilung eines Zeugnisses darf deshalb nicht verweigert werden, weil die Ernennung nicht von allen Beteiligten anerkannt wird oder hierüber Streit herrscht, oder weil über den Inhalt oder die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung Zweifel bestehen. Das Nachlaßgericht hat in diesen Fällen vielmehr selbst gegebenenfalls nach Anstellung der erforderlichen Ermittelungen darüber zu entscheiden, ob das Zeugnis zu erteilen ist. Denn die Erteilung darf erst dann abgelehnt werden, wenn aus überzeugenden Gründen, deren Richtigkeit der Nachprüfung im Beschwerdeverfahren unterliegt, die Ernennung als nicht erwiesen zu erachten ist.[81])

B) Die Ermittelungspflicht des Nachlaßgerichts:

(§§ 2358 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.)

Insoweit den gesetzlichen Erfordernissen des Antrags nicht genügt ist, wird das Gericht den Antragsteller nicht

---

[80]) Strohal: a. a. O., § 67, S. 139, Anm. 17. Eßlinger: a. a. O., S. 70. Drummen: a. a. O., S. 29.

[81]) Boschan: a. a. O., § 12, S. 65.

sofort zurückweisen, sondern ihn zunächst unter Fristsetzung zur Beseitigung der Mängel auffordern. Es entspricht der Stellung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, das nach seiner Ansicht Fehlende nachzuholen oder zu ergänzen.[82]) Die auf Grund des Offizialbetriebes erforderliche Tätigkeit des Nachlaßgerichts darf nicht so weit gehen, daß es an Stelle des Antragstellers die erforderlichen Beweise herbeischafft oder selbst vorbereitet. Vielmehr muß der Antragsteller als Minimum die nach Maßgabe der §§ 2354—2356, 2368 Abs. 3 BGB. geforderten Angaben und Beweise erbringen. Holt der Antragsteller trotz Aufforderung das Versäumte nicht nach, so ist sein Antrag als unbegründet zurückzuweisen. Hat er dagegen den gesetzlichen Mindesterfordernissen genügt, ist jedoch nach Ansicht des Gerichts das Zeugnis auf Grund der bisher erbrachten Beweise noch nicht zu erteilen, so hat das Nachlaßgericht von Amts wegen unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.[83]) (§§ 2358 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.)

Der Offizialbetrieb des Gerichts wird daher immer dann eintreten, wenn der Antragsteller seinerseits das Erforderliche getan hat, es aber nicht in seiner Macht steht, das Fehlende nachzubringen. Der Grundsatz des Offizialbetriebs muß auf das Testamentsvollstreckerzeugnis auf Grund des § 12 FGG. Anwendung finden, wonach das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben hat. Da die Erteilung des Zeugnisses ein Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, so findet die Bestimmung des § 12 FGG. auf das Zeugnis An-

---

[82]) Boschan: a. a. O., § 12, S. 64.

[83]) Planck: a. a. O., Erl. 6c zu § 2368 BGB. Crome: a. a. O., § 681 I 2 Leonhard: a. a. O., II C zu § 2368.

wendung. Diese Vorschrift verallgemeinert mithin die Vorschrift des § 2358 Abs. 1 BGB. und stimmt mit ihr bis auf die fehlenden Worte „unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel" wörtlich überein.[84]) Daß das Nachlaßgericht die von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel zu benutzen hat, ergibt sich aus § 2368 Abs. 3 BGB. Ist daher die Vorschrift des § 2358 Abs. 1 BGB. für das Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechend anwendbar, so ist unter „entsprechender Anwendbarkeit" eine sinngemäße zu verstehen, da auch hier die Ermittelungspflicht sich auf die Feststellung anderer Tatsachen bezieht, als wie beim Erbschein.

Welchen Weg das Nachlaßgericht bei dem Ermittelungsverfahren einschlägt, hängt von seinem Ermessen ab. Es kann hierbei die von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel benutzen. Insbesondere kann es, wenn im Falle der §§ 2356 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB. an Stelle der vorliegenden öffentlichen Urkunde andere Beweismittel, z. B. Privaturkunden, treten, die dem Antragsteller nicht zugänglich sind, deren Vorlegung verlangen. An die Beweismittel des Antragstellers ist das Gericht nicht gebunden. Es kann unabhängig von diesen und selbst diesen entgegen amtliche Ermittelungen veranstalten, wenn die Sachlage dazu Anlaß gibt.[85]) Vermag das Gericht nach Erschöpfung aller Beweismittel die für den Nachweis der Ernennung zum Testamentsvollstrecker erforderlichen Tatsachen nicht als festgestellt zu erachten, so ist der Antrag als nicht ausreichend begründet zurückzuweisen. Denn das Gericht darf das Zeugnis nur dann erteilen, wenn es zu der Ueberzeugung bezw. Feststellung gelangt ist, daß die Angaben und die ihnen zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse richtig sind.[86]) Das Zeugnis verfolgt den Zweck, den in ihm Benannten als wirklichen Vollstrecker auszuweisen. Dieser Zweck würde aber

---

[84]) Wellstein: § 12, FGG., Anm. 1.
[85]) Boschan: a. a. O., § 12, S. 64. Drummen: a. a. O., S. 27
[86]) Staudinger: a. a. O., Anm. II1 zu §§ 2358—60 BGB.

nicht erreicht, wenn die Erteilung des Zeugnisses nicht von der Richtigkeit und dem Nachweis der ihm zu Grunde liegenden Tatsachen abhängig wäre.

C) Die Vorschrift des § 2360 BGB. für das Testamentsvollstreckerzeugnis.

1. Die Anhörung des Prozeßgegners. (§§ 2360 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.)

Die Prüfung des Antrags bringt eine Prüfung der im Antrag notwendigerweise enthaltenen Angabe mit sich, ob ein Rechtsstreit über die Rechtswirksamkeit des Amtes anhängig ist. (§§ 2354 Abs. 1 Z. 5, 2355, 2359, 2368 Abs. 3 BGB.) Denn die Ernennung des Antragstellers bezw. seine Berufung zum Amt wird für das Gericht immer nur dann als feststehend zu erachten sein, wenn ein Rechtsstreit über das Amt nicht besteht. Allerdings ist die Erteilung des Zeugnisses auch vor der Beendigung des Rechtsstreites angängig.[87]) Das Nachlaßgericht wird aber vor Erteilung des Zeugnisses pflichtgemäß zu prüfen haben, ob die von dem Antragsteller erhobenen Einreden und vorgelegten Beweise auch gegenüber den Behauptungen des Prozeßgegners eine genügende Grundlage für die Erteilung des Zeugnisses bilden. Das Gesetz ordnet daher in § 2360 Abs. 1 BGB. an, daß, wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, vor der Erteilung des Erbscheines der Gegner des Antragstellers gehört werden soll.[88]) Ein Anhören des Gegners wird sich aber auch bei einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit und den Bestand eines Testamentsvollstreckeramtes empfehlen. Auch hier kann ein Bestreiten des Amtes lediglich den Zweck verfolgen den

---

[87]) Ebenso für den Erbschein: Binder: a. a. O., ID zu § 14.

[88]) Damit ist mittelbar die Befugnis des Gerichts ausgesprochen, die Erteilung des Erbscheins zu verweigern. Ebenso für den Erbschein: Binder: a. a. O., § 14, ID.

Antragsteller zu schikanieren und die Erteilung eines Zeugnisses zu verzögern. Durch die Anhörung des Prozeßgegners wird dieser Zweck aber vielfach vereitelt werden können. Die Vorschrift des § 2360 Abs. 1 BGB. muß daher auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden, und zwar muß sie sinngemäß Anwendung finden, indem an Stelle der Anhörung über das Erbrecht eine Anhörung des Gegners über die Wirksamkeit und den Bestand des Amtes tritt. (§§ 2360 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.)[89]) In analoger Anwendung des § 2357 Abs. 3 Satz 2, 2368 Abs. 3 BGB., wonach die Vorschriften des § 2356 BGB. — Nachweis der Richtigkeit der von dem Antragsteller gemachten Angaben — auch für die sich auf die übrigen Testamentsvollstrecker beziehenden Angaben des Antragstellers gelten, wird dieses Anhören auch dann erforderlich sein, wenn bei Erwirken eines gemeinschaftlichen Zeugnisses nicht dem Antragsteller, sondern einem seiner Mitvollstrecker das Amt streitig gemacht wird.[90])

Auch im Falle, daß mehrere Testamentsvollstrecker untereinander ihr Amt sich streitig machen, wird der Gegner, d. h. einer der Mitvollstrecker, zu hören sein.

Die Vorschrift des § 2360 Abs. 1 BGB. ist indessen nur eine Sollvorschrift und unterscheidet sich daher streng von der Ermittelungspflicht, die dem Nachlaßgericht nach Maßgabe der §§ 2359, 2368 Abs. 3 BGB. obliegt. Diese erstreckt sich nur auf den Tod des Erblassers und die Berufung zum Amt, nicht aber auf die Tatsache, ob ein Rechtsstreit anhängig ist.

Daß die Anhörung nicht erforderlich ist, wenn sie untunlich ist, schreibt das Gesetz ausdrücklich vor. (§§ 2360 Abs. 3, 2368 Abs. 3 BGB.)

---

[89]) Leonhard: a. a. O., II C zu § 2368.

[90]) Boschan: a. a. O., § 12, S. 66.

2. Die Anhörung des Erben bezw. des Testamentsvollstreckers gemäß §§ 2360 Abs. 2, 2368 Abs. 2 und 3 BGB.

Ist der Testamentsvollstrecker nicht in einer öffentlichen Urkunde ernannt, so soll das Nachlaßgericht vor der Erteilung des Zeugnisses denjenigen über die Gültigkeit der Verfügung hören, der im Fall der Unwirksamkeit Testamentsvollstrecker sein würde. (§§ 2360 Abs. 2, 2368 Abs. 3 BGB.) In dieser Fassung muß die Vorschrift des § 2360 Abs. 2 BGB. für das Testamentsvollstreckerzeugnis Geltung haben. Die Vorschrift des § 2360 Abs. 2 BGB. findet daher sinngemäße Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis mit der Maßgabe, daß an Stelle der Urkunde über das Erbrecht hier die Urkunde über die Ernennung tritt. Nach der Ordnungsvorschrift dieses Paragraphen soll die Anhörung desjenigen erfolgen, der im Falle der Unwirksamkeit der nicht öffentlichen Urkunde Testamentsvollstrecker sein würde. Die Anhörung *darf* aber nur erfolgen, wenn die die Berufung enthaltene letztwillige Verfügung in einem Privattestament enthalten ist, oder wenn die öffentliche Urkunde vernichtet, verloren oder sonstwie abhanden gekommen ist. Die Anhörung ist nicht erforderlich, wenn sie untunlich ist. (§§ 2360 Abs. 3, 2368 Abs. 3 BGB.)[91]) Dies trifft nicht nur zu, wenn die Anhörung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, sondern auch schon dann, wenn sie nicht ohne erhebliche Verzögerung oder unverhältnismäßig hohe Kosten auszuführen sein würde. (§§ 2200 Abs. 2, 2216 Abs. 2 Satz 3 BGB.) Das Nachlaßgericht hat aber in jedem Falle pflichtmäßig zu erwägen, ob es auf die Anhörung der betreffenden Personen verzichten darf.[92])

Im Gegensatz zu der Bestimmung des § 2360 Abs. 2 BGB. und nicht mit ihr zu verwechseln, regelt die Vorschrift des § 2368 Abs. 2 BGB. die Anhörung des Erben, wenn die

---

[91]) Ebenso *Binder*: a. a. O., ID zu § 14 für den Erbschein.
[92]) *Planck*: a. a. O., Anm. 6c zu § 2368 BGB.

Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht in einer dem Nachlaßgericht vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten ist.[93]) Der Erbe, gleichgültig ob er Testaments- oder Intestaterbe ist, soll, wenn tunlich, gehört werden. Ist daher z. B. ein Testamentsvollstrecker in einem öffentlichen Testament ernannt, und hat später der Erblasser in einem jüngeren holographischen Testament einen anderen zum Vollstrecker ernannt, ohne das erste Testament ausdrücklich aufzuheben, so soll, wenn der zweite Testamentsvollstrecker ein Zeugnis beantragt, der erste gehört werden, da im Falle der Unwirksamkeit des späteren Testamentes der zuerst Ernannte Testamentsvollstrecker sein würde. Diese Anhörung müßte auf Grund der §§ 2360 Abs. 2, 2368 Abs. 3 erfolgen. In diesem Falle wäre aber auch der Erbe gemäß § 2368 Abs. 2 anzuhören.

§ 3. Der Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses. (§ 2368 Abs. 1 S. 2 BGB.)

Der Inhalt des Zeugnisses ist verschieden, je nachdem es sich um ein gewöhnliches oder ein beschränktes, oder um ein gemeinschaftliches oder besonderes Zeugnis handelt. Ueber den Inhalt des Zeugnisses ist im § 2368 Abs. 1 BGB. nur gesagt: „Das Zeugnis ist über die Ernennung zu erteilen. Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt oder hat der Erblasser angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll, so ist dies im Zeugnis anzugeben." Aus diesen Sätzen ist zu entnehmen, daß sämtliche Verfügungen des Erblassers, die den gesetzlichen Regeln nicht entsprechen, insoweit in dem Zeugnis angegeben werden müssen, als sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten von Erheblichkeit sind.[94]) Es fragt sich, was im einzelnen der Inhalt der verschiedenen Zeugnisse ist. Allen Zeugnissen

---

[93]) Leonhard: a. a. O., IIC zu § 2368.

[94]) Planck: a. a. O., Erl. 4 zu § 2368 BGB.

gemeinsam ist die Ernennung zum Vollstrecker. Demzufolge hat jedes Zeugnis einige formelle Angaben zu enthalten. Hierzu gehören die möglichst genaue Bezeichnung des Erblassers, der Zeitpunkt seines Todes, die Erwähnung des oder der Testamentsvollstrecker nach Namen, Stand und Wohnort.[95])

Ueber die Befugnisse wird in dem Zeugnis nichts aufgenommen, wenn diese den gesetzlichen Regeln entsprechen.[96]) Die nach der gesetzlichen Regel dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben und die zur Verwirklichung dieser Aufgaben dem Vollstrecker verliehenen Befugnisse sind im einzelnen niedergelegt in den §§ 2203—2206 BGB. und in den §§ 2211—2214 BGB. Gleichgültig ist hierbei, um was für ein Zeugnis es sich handelt. Da der Umfang der Befugnisse von dem Willen des Erblassers abhängt, der nur durch die Vorschrift des § 2220 BGB. eine Beschränkung findet, so erscheint es ausgeschlossen, für alle Fälle den Inhalt des Zeugnisses im Hinblick auf die Befugnisse anzugeben. Die Zeugnisse dürfen sich aber in materieller Hinsicht nicht damit begnügen, anzugeben, daß eine Beschränkung des Vollstreckers vorhanden ist, oder daß der Vollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll, sondern es

---

[95]) Boschan: a. a. O., § 82, S. 297, Anm. 4a. „Die Bescheinigung der Ernennung „des" Testamentsvollstreckers ist wohl zu unterscheiden von der in dem Erbschein zutreffendenfalls enthaltenen Angabe der Ernennung „eines" Testamentsvollstreckers gemäß § 2364, Abs. 1 BGB. Der nach der letztgenannten Vorschrift einem Erbschein beigefügte Satz bezweckt nur, zum Ausdruck zu bringen, daß durch die Ernennung des Testamentsvollstreckers die Verfügungsmacht der Erben beschränkt ist. In diesem Falle ist daher grundsätzlich weder die Person des Vollstreckers, noch der Umfang seiner Vertretungsmacht zu bezeugen." Crome: a. a. O., I 2 zu § 681. Leonhard: a. a. O., III A und C zu § 2368.

[96]) Planck: a. a. O., Erl. 4 zu § 2368 BGB. Mugdan: a. a. O., S. 843. Warneyer: Anm. 8 zu § 2368, EKG. vom 14. 3. 1905 in RSpr. d. OLG., Bd. 12, S. 400. Leonhard: a. a. O., III B zu § 2368. Crome: a. a. O., § 681, Ausf. I 1.

muß auch angegeben sein, inwiefern die Befugnisse des Vollstreckers von den allgemeinen gesetzlichen Regeln abweichen.

Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker nach § 2209 BGB. die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ein solcher Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll. (§§ 2209 Satz 3, 2207 BGB.) Gemäß § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB. ist daher im Zeugnis anzugeben, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung als selbständige Aufgabe übertragen ist, d. h. daß er in der Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten nicht beschränkt ist.

Das Zeugnis hat auch die Angaben zu enthalten, daß der Erblasser für die Dauer der Testamentsvollstreckung gemäß § 2210 BGB. besondere Anordnungen getroffen hat, oder daß der Erblasser bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausüben soll. (§ 2222 BGB.) Ebenso ist im Zeugnis anzugeben, daß der Testamentsvollstrecker für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen hat. (§ 2223 BGB.) Desgleichen, daß er bei der Mitvollstreckung zur Gültigkeit von Rechtshandlungen nicht des Zusammenwirkens aller Mitvollstrecker bedarf. (§ 2224 BGB.)[97])

Der Inhalt des ordentlichen Zeugnisses unterscheidet sich, wie erwähnt, von dem des gewöhnlichen Testamentsvollstreckerzeugnisses nur wenig und nur hinsichtlich der dem Vollstrecker unterliegenden Nachlaßgegenstände.

Unterliegen der Verwaltung nur einzelne Nachlaßgegenstände (§§ 2208, 2369, 2368 Abs. 3 BGB.), so sind diese in dem Zeugnis derartig kenntlich zu machen, daß ein Irrtum Dritter ausgeschlossen ist.

---

[97]) Vgl. Planck: a. a. O., Erl. 4 zu § 2368 BGB., Jahrb. f. EKG. i. S. d. Freiw. G., Bd. 22, S. 269. Leonhard: a. a. O., III B 1, 2 zu § 2368. Crome: a. a. O., § 681., Anm. 6, S. 298.

Dagegen ist der Inhalt des gemeinschaftlichen Zeugnisses verschieden von dem des Sonderzeugnisses. Als Sonderzeugnis wird dasjenige Zeugnis bezeichnet, welches beim Vorhandensein mehrerer Mitvollstrecker von einem der Vollstrecker beantragt wird. Bei beiden Zeugnissen handelt es sich um eine Mitvollstreckung, und diese muß aus beiden Zeugnissen hervorgehen. Während aber beim gemeinschaftlichen Zeugnis sämtliche Mitvollstrecker zu benennen sind, ist diese Angabe beim Sonderzeugnis nicht erforderlich.[98]) Der Grund dafür ist, daß das gemeinschaftliche Zeugnis im Interesse aller Vollstrecker erteilt wird und für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit sämtlichen Mitvollstreckern berechnet ist. Das Sonderzeugnis wird dagegen nur einem einzelnen Mitvollstrecker erteilt und ist für den rechtsgeschäftlichen Verkehr dieses Vollstreckers allein bestimmt. Planck[99]) will allerdings in diesem Zeugnis die Mitvollstrecker erwähnt wissen, sofern nicht der Antragsteller nach außen zu völlig selbständigem Handeln ermächtigt ist. Nun wird aber m. E. die Erteilung eines solchen Zeugnisses nur dann in Betracht kommen, wenn der Antragsteller zu völlig selbständigem Handeln nach außen berechtigt ist. Sollte dies nicht der Fall sein, so würde die Erteilung eines solchen Zeugnisses für ihn keinen Zweck haben. Denn trotz eines solchen Zeugnisses würde er im Hinblick auf § 2224 BGB. nur zur gemeinschaftlichen Vornahme von Rechtsgeschäften berechtigt sein. Es würde aber eine „Erwähnung der Mitvollstrecker das Zeugnis unklar machen, und seinen Gebrauch erschweren."[100]) In diesem Falle genügt daher, wenn der Antragsteller allein im Zeugnis erwähnt ist.

Ein weiterer Unterschied bezüglich des Inhaltes beider Zeugnisse besteht noch in folgendem. Gemäß § 2257 Abs. 2 BGB. sind bei dem Antrag auf Erteilung eines gemein-

---

[98]) Boschan: a. a. O., § 82, B., S. 296, RSpr. d. OLG., Bd. 12, S. 403. Drummen: a. a. O., S. 34.

[99]) Planck: a. a. O., Erl. 6a zu § 2368 BGB. Crome: a. a. O., § 681, Anm. 7.

[100]) RSpr. d. OLG., Bd. 12, S. 403.

schaftlichen Zeugnisses die Verwaltungsbefugnisse der Vollstrecker anzugeben. Entsprechen diese Verwaltungsbefugnisse der gesetzlichen Regel, so bedarf es einer Erwähnung derselben im Zeugnisse nicht. Anders dagegen, wenn es nicht der Fall ist.[101]) Hat daher der Erblasser die Befugnisse der Vollstrecker beschränkt oder erweitert, oder auch nur hinsichtlich eines der Vollstrecker eine Abweichung von der gesetzlichen Regel angeordnet, so muß dies im Zeugnis erwähnt werden, wenn ein gemeinschaftliches Zeugnis erteilt wird. Denn dieses ist für sämtliche Vollstrecker berechnet. Es würde aber eine überflüssige Erschwerung des Sonderzeugnisses bilden, wenn auch hier alle Abweichungen, die nicht in der Person des Antragstellers liegen, erwähnt werden müßten. Es genügt vielmehr, wenn in dem Sonderzeugnis nur solche Abweichungen enthalten sind, die in der Person des ein Sonderzeugnis beantragenden Mitvollstreckers liegen. Denn dieses hat nur Bedeutung für den Antragsteller und berührt die Rechte der übrigen Vollstrecker dann nicht, wenn er zu selbständigem Handeln berechtigt ist.

---

[101]) EFG., B. 5, S. 37 ff. Staudinger: a. a. O., Anm. 2a zu § 2368 BGB. Leonhard: a. a. O., III B 3 zu § 2368.

2. Abschnitt.

Die sinngemäß anwendbaren Vorschriften über den Erbschein in Bezug auf die rechtliche Wirkung des Testamentsvollstreckerzeugnisses.

(§§ 2365—2367, 2370, 2368 Abs. 3 BGB.)

§ 4. Die Vermutung aus §§ 2365, 2368 Abs. 3 BGB.

Die rechtlichen Wirkungen, die das Gesetz an die Erteilung eines Erbscheins knüpft, lassen sich kurz dahin charakterisieren, daß einerseits durch den Erbschein eine Vermutung hinsichtlich des Erbrechts des im Erbschein als Erbe Bezeichneten und hinsichtlich des Mangels von nicht im Erbschein angegebenen Beschränkungen des Erben begründet wird,[102]) andererseits für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem im Erbschein als Erben Bezeichneten zu Gunsten gutgläubiger Dritter der Inhalt des Erbscheins, soweit seine Vermutung reicht, als richtig gilt. (Prinzip des öffentlichen Glaubens des Erbscheins.)[103]) Gemäß § 2368 Abs. 3 BGB. muß eine entsprechende Vermutung und ein entsprechendes Prinzip des öffentlichen Glaubens für das Testamentsvollstreckerzeugnis Geltung finden. Die Vermutung aus § 2365 BGB. kann für das Testamentsvollstreckerzeugnis schon deshalb nicht die gleiche sein, weil es sich hier um eine Vermutung für ein Erbrecht handelt, die beim Zeugnis nicht in Frage kommt. Die Vorschrift des § 2365 BGB. findet

---

[102]) Ebenso Binder: a. a. O., II A zu § 14.

[103]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1 zu §§ 2365—67 BGB.

daher nur eine sinngemäße Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis, indem beim Zeugnis eine Vermutung für das Amt des Vollstreckers und eine Vermutung, daß der Vollstrecker nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist, besteht.

Der Inhalt der Vermutung geht zunächst dahin, daß dem in dem Zeugnis Bezeichneten das Amt zusteht, daß er also rechtsgültig ernannt und Testamentsvollstrecker geworden ist.[104]) Hieraus ergibt sich für den Fall einer Mehrheit von Vollstreckern, daß sich die Vermutung bei dem einem Testamentsvollstrecker erteilten besonderen Zeugnis nur auf das Amt dieses Vollstreckers bezieht, bei einem gemeinschaftlichen Zeugnis auf das Amt sämtlicher Vollstrecker.

Der Testamentsvollstrecker, der im Besitze eines Zeugnisses ist, braucht daher beim Bestreiten eines Dritten über seine Berechtigung zum Amt nur seine Identität mit dem im Zeugnis Benannten nachzuweisen. Nicht dagegen liegt ihm der Nachweis ob, daß er Testamentsvollstrecker ist. Es muß sich daher jeder, der mit dem Inhaber eines Zeugnisses in Rechtsverkehr tritt, auf eigene Gefahr überzeugen, daß der im Zeugnis Benannte identisch ist mit dem Inhaber des Zeugnisses. Geht nun einerseits die gesetzliche Vermutung dahin, daß dem im Zeugnis Bezeichneten das Testamentsvollstreckeramt zusteht, so geht andererseits die Vermutung n i c h t dahin, daß das Amt noch besteht.[105]) Denn im § 2368 Abs. 3 S. 2 BGB. ist ausdrücklich hervorgehoben, daß mit der Beendigung des Amtes das Zeugnis kraftlos wird. Für diesen Fall bleibt die Frage nach der Fortdauer des Amtes offen.

Volk[106]) legt die gesetzliche Vermutung des § 2365 Abs. 1 für das Testamentsvollstreckerzeugnis dahin aus: „Sie gewähre

---

[104]) Leonhard: a. a. O., IV A zu § 2368.

[105]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1c zu § 2368 BGB. Planck: a. a. O., Erl. 11 zu § 2368 BGB. Strohal: a. a. O., Bd. 2, S. 173. Boschan: a. a. O., § 82,8, S. 300. Prot., 2, Bd. 5, S. 690. Crome: a. a. O., § 681, I 3. Leonhard: a. a. O., IV A. zu § 2368.

[106]) DJZ. 1903, S. 199.

dem Dritten zwar die Sicherheit, daß eine Testamentsvollstreckung angeordnet sei, sie biete aber keine sichere Gewähr dafür, daß das Amt des Testamentsvollstreckers wirklich begonnen habe und noch fortbestehe." Bezüglich des Fortbestehens ist nach dem oben Gesagten mit ihm übereinzustimmen. Dagegen besteht eine Vermutung für den Beginn des Amtes. Denn ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, bezw. ohne Antrag, erfolgt keine Erteilung des Zeugnisses. Mit dem Zeitpunkt aber, in welchem der Ernannte das Amt annimmt, beginnt dasselbe. Das Zeugnis läßt daher mit Sicherheit vermuten, daß das Amt begonnen habe.[107])

Die Vermutung, daß das Amt des Vollstreckers besteht, erlischt mit der Beendigung des Amtes. Denn mit der Beendigung des Amtes wird nach § 2368 Abs. 3 S. 2 das Zeugnis kraftlos. Es muß daher jeder, der mit dem Vollstrecker in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, auf eigene Gefahr sich vergewissern, daß der im Zeugnis Bezeichnete noch Testamentsvollstrecker ist.

Bestritten ist, wann das Amt als beendigt anzusehen ist. Strohal verlangt in allen Fällen der Beendigung eine besondere Niederlegung des Amtes und daher eine Mitwirkung des Gerichts, wenn „ein Testamentsvollstrecker mit normalem Wirkungskreis seine Aufgaben tatsächlich beendigt hat."[108]) Nur dann soll das Amt ohne weiteres enden, „wenn dem Testamentsvollstrecker nicht die regelmäßigen Aufgaben, sondern nur einzelne Befugnisse und Obliegenheiten aufgetragen sind."[109]) Begründet wird die Auffassung mit dem Hinweis auf die Verkehrssicherheit. Es erscheint mir aber nicht einleuchtend, den Eintritt der Beendigung von den Befugnissen des Vollstreckers abhängig zu machen und nur wenn eine

---

[107]) EKG. v. 13. 1. 1906 in JWS. 1906, S. 132 ff.

[108]) Strohal: a. a. O., § 69, S. 174.

[109]) Planck: a. a. O., Erl. 1b zu §§ 2225—2227 BGB. Volk: D. Jur.-Z., S. 103.

Abweichung von der gesetzlichen Regel hinsichtlich der Verwaltung vorliegt, die Beendigung des Amtes ohne weiteres eintreten zu lassen. M. E. ist der Umfang der Befugnisse gänzlich unerheblich für die Beendigung des Amtes. Das Gesetz erwähnt hierüber nichts. Würde es aber die Beendigung des Amtes von einem Mitwirken des Gerichts abhängig machen wollen, so würde es sicherlich eine Bestimmung hierüber aufgenommen haben. Nur bei der Künigung (§ 2226 BGB.) und Entlassung (§ 2227 BGB.) des Testamentsvollstreckers ist von einer Mitwirkungspflicht die Rede, indem die Kündigung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht getätigt werden muß, und die Entlassung durch das Nachlaßgericht erfolgt.[110]) In diesen beiden Fällen endet daher das Amt, wenn das Gericht durch Entgegennahme der Kündigung oder durch die Anordnung der Entlassung mitgewirkt hat. In den übrigen Fällen dagegen endet das Amt, ohne daß es einer Mitwirkung des Gerichts bedarf. Denn nach § 2225 BGB. erlischt in den Fällen des Todes, der Geschäftsunfähigkeit usw. das Amt des Testamentsvollstreckers und ist daher ohne weiteres als beendet anzusehen, ohne daß es noch einer besonderen Niederlegung bedarf.

Die Vermutung aus § 2365 BGB. geht für das Testamentsvollstreckerzeugnis weiter dahin, daß der Testamentsvollstrecker nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist.[111]) (§ 2365 Halbsatz 2, § 2368 Abs. 3 BGB.) Sind im Zeugnis keine Angaben über die Befugnisse gemacht, so wird vermutet, daß dem Inhaber die gesetzlichen Befugnisse zustehen. Denn soweit die Befugnisse den gesetzlichen Regeln nicht entsprechen, müssen sie im Zeugnis angegeben werden. Sind Befugnisse im Zeugnis angegeben, so wird vermutet, daß dieselben bestehen, und daß keine weiteren vorhanden sind.[112])

---

[110]) Helm: D. J.-Z., 1903, S. 343. Peiser: S. 286—289.

[111]) Crome: a. a. O., § 681 II 3, S. 299. Leonhard: a. a. O., IV A. zu § 2368.

[112]) Planck: a. a. O., Erl. 11 zu § 2368 BGB.

Soweit daher eine Erweiterung oder Beschränkung der gesetzlichen Befugnisse besteht, aber nicht im Zeugnis angegeben ist, braucht ein Dritter dieselben nicht zu berücksichtigen. Aus den nicht erwähnten Befugnissen können daher einem Dritten Einwendungen nicht entgegen gehalten werden.[113]) Die Vermutung aus § 2365 Halbsatz 2, 2368 Abs. 3 BGB. hat daher eine positive und eine negative Bedeutung. Positiv, weil vermutet wird, daß nur die angegebenen Befugnisse vorhanden sind, negativ, deshalb, weil vermutet wird, daß keine anderen als die angegebenen Befugnisse bestehen.

§ 5. Der öffentliche Glaube des Testamentsvollstreckerzeugnisses, §§ 2366 und 2367, 2368 Abs. 3 BGB.

In den §§ 2366—2367 BGB. ist für den Erbschein das Prinzip des öffentlichen Glaubens anerkannt, d. h. die zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten eintretende Schutzwirkung in Ansehung dinglicher Rechtsgeschäfte, die zwischen den im Erbschein Bezeichneten und einem Dritten geschlossen werden, von ihm einseitig gegenüber dem Dritten vorgenommen oder von dem Dritten ihm gegenüber vorgenommen werden. Diese Schutzwirkung muß gemäß § 2368 Abs. 3 BGB. auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis eintreten. Das Testamentsvollstreckerzeugnis genießt öffentlichen Glauben, soweit die Vorschriften der §§ 2366—2367 BGB. auf dasselbe Anwendung finden können. Denn nur soweit, als die Voraussetzung dieser Paragraphen beim Zeugnisse vorliegen, tritt der öffentliche Glaube ein. Es muß sich daher einmal handeln um Rechtsgeschäfte, die zwischen dem im Zeugnis Bezeichneten und einem Dritten geschlossen werden, von ihm einseitig einem Dritten gegenüber, oder von dem Dritten diesem gegenüber vorgenommen werden, sodann muß der Dritte gutgläubig sein. In diesen Fällen gilt der Inhalt des Zeugnisses als richtig.

---

[113]) Rehs: a. a. O., S. 53.

Da die Vermutung aus § 2365 BGB. eine andere ist für den Erbschein als wie für das Zeugnis, so können die Vorschriften dieser Paragraphen für das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht unmittelbar, sondern nur sinngemäß Anwendung finden. Sie finden auf das Zeugnis Anwendung mit der Maßgabe, daß hier die Fälle in Frage kommen, in denen jemand von demjenigen, welcher in einem nach § 2368 BGB. erteilten Zeugnis als ernannter Testamentsvollstrecker angegeben ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Recht erwirbt (§ 2366 BGB.), oder an jenen auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts eine Leistung bewirkt, oder zwischen jenem und einem anderen in Ansehung eines solchen Rechts ein nicht unter § 2366 BGB. fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. (§ 2376 BGB.)

Voraussetzung der Anwendbarkeit des Prinzips des öffentlichen Glaubens ist die Erteilung des Zeugnisses und ferner, daß dasselbe noch nicht eingezogen oder kraftlos erklärt worden ist. Gleichgültig ist es aber, ob der Testamentsvollstrecker beim Abschluß des fraglichen Rechtsgeschäftes das Zeugnis vorgelegt hat. Der Dritte braucht von dem Bestehen eines Zeugnisses keine Kenntnis zu haben.[114]) Die Motive[115]) sagen hierüber beim Erbschein, was auch analog für das Testamentsvollstreckerzeugnis zutreffen muß: „Es muß abgesehen werden von dem Beweis des ursächlichen Zusammenhangs des Dritten und der Kunde von dem Testamentsvollstreckerzeugnis, sowie von dem Vertrauen auf das Zeugnis. Nicht einmal dem Nachweis der Unbekanntschaft des Dritten mit der Erteilung des Zeugnisses kann ein Einfluß gestattet werden. Zu entscheiden hat ausschließlich die Tatsache, daß ein vom Nachlaßgericht nicht für kraftlos erklärtes oder noch

---

[114]) Ebensowenig besteht eine Pflicht, die Legitimation des Auftretenden zu prüfen. So für den Erbschein: Binder: a. a. O., § 14 II B.

[115]) Motive, Bd. 5, S. 569—570.

nicht an das Nachlaßgericht zurückgelangtes Zeugnis zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts demjenigen, mit dem als Testamentsvollstrecker der Dritte gehandelt hat, erteilt gewesen ist." Voraussetzung des Schutzes des Dritten ist aber sein guter Glaube. Er muß in gutem Glauben an die Verfügungsmacht des im Zeugnis Bezeichneten gehandelt haben. Sein guter Glaube wird zerstört, wenn er die Unrichtigkeit des Zeugnisses kannte.[116]) Jedoch schadet nur die wirkliche Kenntnis, und zwar kommt allein die Kenntnis der Unrichtigkeit des Inhalts in Betracht, nicht auch die Kenntnis von Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Zeugnisses ergibt.[117]) Deshalb ist ein Rechtsirrtum des Erwerbers über die rechtliche Bedeutung einer ihm bekannten Tatsache, auf Grund dessen das Zeugnis unrichtig ist, belanglos. Die durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis schließt die Wirkung des öffentlichen Glaubens nicht aus.

Es kann daher unter Umständen die Frage von Wichtigkeit werden, ob es sich bei dem rechtsgeschäftlichen Verkehr des gutgläubigen Dritten mit dem im Zeugnis Bezeichneten um einen Nachlaßgegenstand oder einen dem Vollstrecker gehörenden Gegenstand handelt. Da die Vermutung aus dem Zeugnis nicht dahin geht, daß die Gegenstände, über die der Vollstrecker als solcher verfügt, Nachlaßgegenstände sind und wirklich zum Nachlaß gehören, so versagt insoweit auch der öffentliche Glaube. Denn nur soweit die Vermutung aus dem Zeugnis reicht, gilt dessen Inhalt als richtig. Demnach greift der Schutz des öffentlichen Glaubens nach Maßgabe der §§ 2366 bis 2368 Abs. 3 BGB. bloß dann Platz, wenn der Gegenstand auch wirklich dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht unterliegt.[118]) Glaubt der Vollstrecker, er sei aus eigenem Recht, d. h. ohne Rücksicht auf sein Amt befugt, weil der Gegenstand

---

[116]) So auch Binder: a. a. O., § 14, II B. für den Erbschein.

[117]) Prot., Bd. 5, S. 685, Bd. 6, S. 222.

[118]) Crome: a. a. O., § 681 I 3, S. 299.

zu seinem Privatvermögen gehört, so soll nach den Motiven[119] der Schutz des guten Glaubens versagt werden, da es auf die Willensrichtung allein des Vollstreckers ankomme und der Wille des Dritten gleichgültig sei. Nach der Fassung und dem Grundgedanken des § 2366 BGB. dürfte es aber mehr darauf ankommen, daß der Dritte annimmt, es handele sich um einen Nachlaßgegenstand. Trotzdem muß er sich auf eigene Gefahr davon überzeugen, daß es sich um einen Nachlaßgegenstand handelt, denn die Vermutung aus § 2365 BGB. geht für das Zeugnis nicht dahin, daß der Gegenstand der Verfügung auch Nachlaßgegenstand ist. Handelt es sich daher nicht um einen Nachlaßgegenstand, so kann der Schutz des guten Glaubens nach § 2365 BGB. nicht eingreifen. Der gutgläubige Dritte kann aber nach sachenrechtlichen Grundsätzen über den redlichen Rechtsverkehr geschützt werden.[120]) Immer muß aber der Wille des Dritten davon ausgehen, daß der im Zeugnis als Vollstrecker Genannte auf Grund der Ernennung bei dem Rechtsgeschäft mitwirkt. Als maßgebender Zeitpunkt kommt für die erwähnte Kenntnis, die die Berufung auf das Zeugnis ausschließt, nur der Zeitpunkt der Vollendung des in Frage stehenden rechtsgeschäftlichen Erwerbes bezw. der Leistung oder Verfügung in Betracht. Hat also der gute Glaube nicht angedauert, bis der Rechtserwerb vollendete Tatsache geworden, so finden die Vorschriften der §§ 2366—2367 BGB. keine Anwendung.[121])

Objekt des Schutzes ist grundsätzlich nur der rechtsgeschäftliche Erwerb, d. h. die Wirkung des im Prinzip des öffentlichen Glaubens des Zeugnisses liegenden Schutzes Dritter ist nur möglich zu Gunsten Dritter, die mit dem im Zeugnis als Vollstrecker bezeichneten in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten.[122]) Dem rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichgestellt wird

---

[119]) Motive, Bd. 5, S. 572. Weiner: a. a. O., S. 60.

[120]) Ebenso für den Erbschein. Planck: Erl. III 2 zu § 2366 BGB. Rehs: a. a. O., S. 94, und Binder: a. a. O., S. 14 II B.

[121]) Staudinger: Vorbem. zu §§ 2365—67, Anm. III A. 2.

[122]) So auch Binder: Für den Erbschein, a. a. O., § 14, II B.

derjenige, der sich durch sogenannte Verfügung durch Urteil (§ 898 CPO.) vollzieht. In Betracht kommen die Fälle, in denen die zur Rechtsbegründung bezw. Uebertragung erforderliche Willenserklärung des Testamentsvollstreckers durch ein rechtskräftiges Urteil (§ 894 CPO.), und die daneben etwa erforderliche Uebergabe einer Sache durch die Wegnahme seitens des Vollstreckungsorganes (§ 897 CPO.) ersetzt worden ist.[123])

Für den Erwerb, der kraft Gesetzes oder richterlicher Verfügung eintritt, ist der Schutz des guten Glaubens nicht anerkannt.[124]) Nur ausnahmsweise wird der gesetzliche Erwerb geschützt. Wenn nämlich an denjenigen, der im Zeugnis als Vollstrecker genannt ist, auf Grund eines der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis unterliegenden obligatorischen oder dinglichen Rechts eine Leistung bewirkt wird. In diesem Falle finden gemäß § 2367 BGB. die Vorschriften des § 2366 BGB. entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 2366 BGB. finden ferner Anwendung, wenn zwischen dem im Zeugnis Bezeichneten und einem Dritten in Ansehung eines der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des im Zeugnis Bezeichneten unterliegenden Rechts ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 BGB. fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht darstellt (§ 2367 Halbsatz 2 BGB.) Es sind dies Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung über ein zu den Amtsgeschäften des Vollstreckers gehöriges Recht enthalten, „aber nicht gerade auf den Erwerb eines solchen Rechts oder eines Rechts an ihm, oder die Befreiung von dem dahingehenden Recht abzielen und daher nicht schon unter den § 2366 BGB. fallen."[125]) Diese Vorschrift umfaßt sowohl zweiseitige als auch einseitig von dem Vollstrecker vorgenommene Rechtsgeschäfte. Ob die einseitige Willenserklärung gegenüber dem Testamentsvollstrecker, oder

---

[123]) Planck: a. a. O., Erl. II 5 zu § 2366 BGB.

[124]) So für den Erbschein: Binder: a. a. O., § 14 II B. und Strohal: a. a. O., S. 377.

[125]) Planck: a. a. O., Anm. 1 b zu § 2367 BGB.

von dem Testamentsvollstrecker einem Dritten oder der Behörde gegenüber abgegeben wird, ist ohne Bedeutung. Denn durch die Worte: „Zwischen ihm und einem anderen" ist der Schutz des guten Glaubens für diese Rechtsgeschäfte nicht ausgeschlossen. Freilich wird der Behörde der Schutz des guten Glaubens nur dann zuteil, wenn man die Behörde als empfangsberechtigten Vertreter des anderen Teiles ansieht.[126])

Bei dem rechtsgeschäftlichen Verkehr sind durchaus nicht alle rechtlichen Vorgänge Gegenstand des im Prinzip des öffentlichen Glaubens des Zeugnisses liegenden Schutzes Dritter. Es kommen vielmehr nach Maßgabe der §§ 2366 bis 2367 BGB. folgende in Betracht:

Es muß sich handeln um den Erwerb eines Erbschaftsgegenstandes, um den Erwerb eines Rechts an einem solchen Gegenstand oder um die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Recht. (§ 2366 BGB.) Der Schutz des § 2366 BGB. ist nur auf den Erwerb einzelner Erbschaftsgegenstände beschränkt. Nicht hierunter fallen der Erwerb durch Erbschaftskauf oder einen gleichstehenden Vertrag (§§ 2371, 2385 BGB.), also Rechtsgeschäfte, bei denen es sich nicht um den Erwerb einzelner Sachen, sondern um den Erwerb eines Bruchteiles oder den Inbegriff von Sachen, bezw. um den Erwerb des Nachlasses als Ganzes handelt. (§ 2330 BGB.)[127]) Als Erbschaftsgegenstände sind sowohl Sachen (bewegliche oder unbewegliche), als auch unkörperliche Gegenstände, z. B. Forderungen, anzusehen. Bei einem Recht an einem solchen Gegenstande handelt es sich nach der Ausdrucksweise des BGB. nur um ein dingliches Recht. Das zu einer Erbschaft gehörende Recht kann aber sowohl ein dingliches, als auch ein obligatorisches Recht sein.[128])

---

[126]) Staudinger: a. a. O., Anm. III. e. 3 zu §§ 2365—67. Weißler: a. a. O., S. 230.

[127]) Boschan: a. a. O., § 5, S. 31.

[128]) Planck: a. a. O., I. 1 c zu § 2366 BGB.

Die Voraussetzungen des öffentlichen Glaubens beim Testamentsvollstreckerzeugnis sind demnach grundsätzlich die gleichen wie beim Erbschein. Jedoch reicht der öffentliche Glaube des Zeugnisses noch weiter wie beim Erbschein.

Während beim Erbschein der gutgläubige Dritte nur in solchen Fällen geschützt ist, in denen der Erbe über Nachlaßgegenstände verfügt hat,[129]) fallen beim Zeugnis auch solche Rechtsgeschäfte, welche die Vertragschließenden zunächst persönlich verpflichten, unter den Schutz der §§ 2365—2367 BGB. Demzufolge kann der gutgläubige Dritte von dem Erben bezw. dem wahren Testamentsvollstrecker Erfüllung verlangen. Damit der Erbe ein Rechtsgeschäft auf Begründung eines Schuldverhältnisses mit Wirkung gegen den Nachlaß schließen könnte, müßte der Erbschein-Erbe nicht sowohl eine Verfügungsmacht über den Gegenstand der Leistung als vielmehr eine persönliche Vertretungsmacht haben. Diese steht ihm aber nicht zu. Der Erbe wird daher durch obligatorische Rechtsgeschäfte des Erbschein-Erben auch dann nicht verpflichtet, wenn dieser die Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand übernimmt. Dagegen geht die Befugnis des Testamentsvollstreckers weiter, insofern nämlich der als Testamentsvollstrecker Bezeichnete auch persönliche Verbindlichkeiten gegen den Erben begründen kann. Denn in § 2368 Abs. 1 BGB. ist hervorgehoben, daß, wenn ein Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll, dies im Zeugnis anzugeben ist. Es kann daher der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten unter Umständen nicht beschränkt sein. Nun erstreckt sich die Vermutung aus dem Zeugnis auf die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben, und der öffentliche Glaube findet soweit Anwendung, als die Vermutung reicht. Es erstreckt sich daher der öffentliche Glaube auch auf obligatorische Rechtsgeschäfte des im Zeugnis als Vollstrecker Genannten mit einem Dritten.[130])

---

[129]) Binder: a. a. O., § 14 II B., S. 11.
[130]) Leonhard: a. a. O., IV B. zu § 2368.

Hat der Erblasser nichts darüber bestimmt, inwieweit der Vollstrecker den Erben persönlich verpflichten kann, so stehen dem Vollstrecker nur die gesetzlichen Befugnisse gemäß §§ 2206 ff. zu. Der Vollstrecker kann daher Verbindlichkeiten zu Lasten des Nachlasses nur eingehen, soweit sie zur „ordnungsmäßigen Verwaltung" erforderlich sind. Die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über den Nachlaß kann der Vollstrecker für den Nachlaß aber immer dann einlegen, wenn er zur Verfügung berechtigt ist. Andererseits ist aber auch eine Beschränkung des Zeugnisses zu vermerken. Nach § 2368 Abs. 2 S. 2 wird das Zeugnis mit der Beendigung des Amtes kraftlos. Diese Vorschrift enthält eine Beschränkung des öffentlichen Glaubens des Zeugnisses insofern, als im Falle des Eintritts der Kraftlosigkeit die Vermutung und der öffentliche Glaube hinfällig werden, und es somit darauf, ob der Dritte von der Beendigung des Amtes etwas wußte, garnicht ankommt.[131])

Eine Besonderheit des Testamentsvollstreckerzeugnisses sei hier noch erwähnt, da sie auf dem öffentlichen Glauben desselben beruht. Gegenüber dem Grundbuchamt kann die Befugnis des Vollstreckers zur Verfügung über Nachlaßgegenstände nur auf Grund des in § 2368 BGB. vorgeschriebenen Zeugnisses als nachgewiesen angenommen werden. (§ 36 Abs. 2 Halbsatz 1 GBO.) Auf den Nachweis der Befugnis des Vollstreckers finden jedoch nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 2 dieses Paragraphen die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung. Hiernach genügt es regelmäßig, wenn an Stelle des Zeugnisses die der Ernennung zu Grunde liegende Verfügung und das Protokoll über die Eröffnung des Testamentes vorgelegt werden. Immerhin wird aber der Grundbuchrichter in diesem Falle den Nachweis fordern müssen, daß der zum Testamentsvollstrecker ernannte sein Amt angenommen hat. Dagegen hat das Grundbuchamt nicht das Recht der Nachprüfung der Richtigkeit des vorgelegten Zeug-

---

[131]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1c zu § 2368. Strohal: a. a. O., § 69, S. 175. Weißler: a. a. O., S. 185.

nisses. Dieses legitimiert vielmehr infolge des ihm innewohnenden öffentlichen Glaubens den Inhaber gegenüber dem Gericht.[132]) Auch hat das Kammergericht in einer Reihe von Entscheidungen hervorgehoben, daß bei bloßen Auslegungsfragen über den Inhalt des Zeugnisses das Nachlaßgericht für den Grundbuchrichter schlechthin bindend sei, und der Grundbuchrichter nicht das Recht der Nachprüfung über die Richtigkeit des Zeugnisses habe.[133])

§ 6. Die Vorschrift des § 2370 BGB.

Im § 2370 BGB. ist bestimmt: „Hat eine für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder ist sie vor diesem Zeitpunkt gestorben, so gilt derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde, in Ansehung der in den §§ 2366, 2367 BGB. bezeichneten Rechtsgeschäfte zu Gunsten des Dritten auch ohne Erteilung eines Erbscheins als Erbe, es sei denn, daß der Dritte die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennt, oder weiß, daß die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist.

Ist ein Erbschein erteilt worden, so stehen dem für tot Erklärten, wenn er noch lebt, die in § 2362 bestimmten Rechte zu. Die gleichen Rechte hat eine Person, deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist."

Diese für den Erbschein geltende Bestimmung muß gemäß § 2368 Abs. 3 BGB. auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden.

Die Vorschrift des § 2368 Abs. 1 BGB. spricht zwar von dem Fall, daß ein Erbschein nicht erteilt ist, regelt also analog den Fall, daß ein Testamentsvollstreckerzeugnis nicht

---

[132]) Leonhard: a. a. O., IV B. zu § 2368.

[133]) RSpr. d. OLG., Bd. 2, S. 256. Staudinger: a. a. O., Anm. 1c zu § 2368 BGB., RSpr. d. OLG., Bd. 11, S. 225 ff., Entsch. d. RG. i. JWS. 1906, S. 132 ff.

erteilt ist; immerhin müssen aber die Wirkungen, die beim Vorliegen der besonderen Voraussetzungen dieses Paragraphen beim Erbschein Platz greifen, auch beim Zeugnis analog eintreten. In analoger Anwendung der in § 2370 Abs. 1 BGB. ausgesprochenen Wirkung muß daher auch im Falle, daß eine für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt hat, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder wenn sie vor dem Zeitpunkt gestorben ist, derjenige als Testamentsvollstrecker gelten, der auf Grund der Todeserklärung Testamentsvollstrecker sein würde, und der gutgläubige Dritte muß diesem gegenüber in Ansehung der in §§ 2366—2367 BGB. bezeichneten Rechtsgeschäfte geschützt werden. (§§ 2370 Abs. 1, 2368 Abs. 3 BGB.) Dieser Schutz tritt aber nicht ein, wenn dem Dritten nachgewiesen wird, daß er die Unrichtigkeit der Todeserklärung kannte, oder wußte, daß die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist.

Die Vorschrift des § 2370 Abs. 1 BGB. kann nur sinngemäß Anwendung finden, weil in diesem Paragraphen auf die §§ 2366, 2367 BGB. verwiesen ist, in diesen Paragraphen aber auf die Vermutung aus dem Erbschein, durch Verweisung auf § 2365 BGB., Bezug genommen ist. Für das Testamentsvollstreckerzeugnis kommt aber eine andere Vermutung in Betracht als für den Erbschein.[134])

Ist im Gegensatz zu vorstehendem ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so stehen dem für tot Erklärten, wenn er noch lebt, oder demjenigen, dessen Tod zu Unrecht angenommen worden ist, einmal das Recht zu, von dem Besitzer eines unrichtigen Zeugnisses die Herausgabe zu verlangen, sodann das Recht auf Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände. (§§ 2362, 2370 Abs. 2, 2368 Abs. 3 BGB.) Ist die betreffende Person fälschlich für tot erklärt worden, bezw. unter unrichtiger Feststellung des Todes für tot erklärt worden, so kann

---

[134]) Vgl. Abhandl., 2. Kapitel, § 4, S. 51 ff.

sie außer den im § 2362 BGB. aufgeführten Ansprüchen die Herausgabe ihres Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen (§ 2031 BGB.), und zwar sowohl vom Testamentsvollstrecker, als auch von demjenigen, der mit dem vermeintlichen Vollstrecker Rechtsgeschäfte nach Maßgabe der §§ 2366, 2367 vorgenommen hat. (§ 2030 BGB.) Zu Gunsten des gutgläubigen Dritten treten jedoch die Wirkungen der §§ 2365—2367 ein.

III. Kapitel.

Die überhaupt auf das Testamentsvollstreckerzeugnis keine Anwendung findenden Vorschriften über den Erbschein.

§ 1. Die Vorschrift des § 2354 Abs. 1 Z. 2 BGB.

Ueberhaupt nicht anwendbar sind diejenigen Vorschriften über den Erbschein, deren Anwendung entweder beim Testamentsvollstreckerzeugnis keinen Sinn ergibt, oder die beim Testamentsvollstreckerzeugnis infolge besonderer Umstände nicht angewandt werden können, da sie nur beim Erbschein auf Grund der besonderen Sachlage anwendbar sind.

Zu den Vorschriften, die überhaupt nicht auf das Testamentsvollstreckerzeugnis Anwendung finden können, gehört zunächst die Vorschrif des § 2354 Abs. 1 Z. 2 BGB. Beim Erbschein hat der gesetzliche Erbe im Antrag auf Erteilung eines Erbscheines anzugeben, auf welchem Verhältnis sein Erbrecht beruht. Diese Vorschrift findet auf das Zeugnis deshalb keine Anwendung, da die Berufung des Vollstreckers immer nur auf Grund einer letztwilligen Verfügung beruht, mithin ein Antrag eines „gesetzlichen Testamentsvollstreckers" nicht vorkommen kann.[135])

[135]) Vgl. Abhandl., 2. Kapitel, § 1 A, S. 26 ff.

§ 2. Die Vorschriften des § 2357 Abs. 3 Satz 1 BGB.

Nicht anwendbar, und zwar weil es sich hier um eine Besonderheit des Erbscheins handelt, ist die Vorschrift des § 2357 Abs. 3 Satz 1 BGB. Hier heißt es: „Wird der Antrag" — gemeint ist der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses — „nicht von allen Erben gestellt, so hat er die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben."[136]) In analoger Anwendung würde beim Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses die Angabe der Annahme seitens der übrigen Mitvollstrecker enthalten sein müssen. Diese Angaben im Antrage ist m. E. nicht notwendig. Voraussetzung der Erteilung eines Zeugnisses ist die Annahme des Amtes. Diese erfolgt ausschließlich durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. (§ 2202 Abs. 2 BGB.) Ist eine solche Annahmeerklärung dem Nachlaßgericht gegenüber abgegeben, so erübrigt sich deren Angabe im Antrage. Wird der Antrag von allen Testamentsvollstreckern gestellt, so liegt die Annahmeerklärung in der Stellung des Antrages selbst.[137]) Stellt hingegen nur einer von ihnen den Antrag auf Erteilung eines Zeugnisses, und haben die übrigen Vollstrecker die Annahmeerklärung abgegeben, so ist die Angabe im Antrage, sie hätten das Amt angenommen, unbedeutsam. Beim Erbschein dagegen hat diese Angabe Bedeutung, da die Annahmeerklärung der Erbschaft nicht dem Nachlaßgericht gegenüber abgegeben zu werden braucht, vielmehr formlos und durch Fristablauf geschehen kann. Hier kann daher die Annahmeerklärung der übrigen Erben für das Gericht Bedeutung erlangen.

Aus den gleichen Gründen ist m. E. auch dann, wenn mehrere Vollstrecker vorhanden sind, diese aber die Annahme-

---

[136]) Vergleiche hierzu Binder: a. a. O., § 14 I. E., über die Bedeutung dieser Vorschrift beim Erbschein.

[137]) Binder: ebenda.

erklärung noch nicht abgegeben haben, die Angabe der Annahme im Antrag ohne Bedeutung. Die Angabe der Annahmeerklärung hat daher wohl bei dem Antrage auf Erteilung eines Erbscheines, nicht aber bei dem Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses Bedeutung. Sie würde hier vielmehr keinen Sinn haben und ist daher nicht notwendig.

Hierdurch wird aber nicht gehindert, daß die Erteilung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses nur dann erfolgen darf, wenn sämtliche Mitvollstrecker ihre Annahme erklärt haben.

§ 3. Die Vorschrift des § 2358 Abs. 2 BGB.

Nicht anwendbar ist ferner die Vorschrift über den Erbschein, die besagt: „Das Nachlaßgericht kann eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte erlassen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldefrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften". Beim Erbschein wird eine Veranlassung zu einer solchen Aufforderung dann vorliegen, wenn der Antragsteller selbst im Zweifel ist, ob er sämtliche Miterben angegeben hat und hierdurch Zweifel über sein Erbrecht im ganzen oder über den Umfang seines Erbrechts entstehen. Aehnliche Zweifel können allerdings auch beim Testamentsvollstreckerzeugnis entstehen; Zweifel nämlich darüber, ob der antragstellende Vollstrecker durch andere Mitvollstrecker oder einen anderen besser berechtigten Vollstrecker beschränkt oder ausgeschlossen ist. Beim Zeugnis wird aber die Notwendigkeit, eine öffentliche Aufforderung zu erlassen, nicht am Platze sein, da hier die Ermittelungspflicht des Gerichtes nach § 2358 Abs. 1 eingreifen wird. Beim Erbschein dagegen kann diese Ermittelungspflicht unter Umständen nicht genügen, da das Nachlaßgericht nach Maßgabe der §§ 1964—1965 BGB. — wenn der Erbe nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist ermittelt wird, — festzustellen hat, daß ein anderer Erbe als

der Fiskus nicht vorhanden ist. Eine derartige Feststellung, welche analog beim Testamentsvollstreckerzeugnis zu bedeuten hätte, daß ein anderer Testamentsvollstrecker, als der Fiskus, nicht vorhanden wäre, kommt aber beim Zeugnis nicht in Frage, da der Fiskus niemals Testamentsvollstrecker wird. Infolgedessen kann eine solche Aufforderung, die wegen des nur beim Erbschein gegebenen Zweckes vorgeschrieben ist, beim Zeugnis nicht vorkommen, und eine Anwendung des § 2358 Abs. 2 BGB. auf das Testamentsvollstreckerzeugnis ist nicht statthaft.[138])

§ 4. Die Vorschrift des § 2363 BGB.

Nach § 2363 BGB. ist in dem Erbschein, der einem Vorerben erteilt wird, anzugeben, daß eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintrifft und wer der Nacherbe ist.

Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft beim Eintritt der Nacherbfolge übrig bleiben wird, oder bestimmt, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll, so ist auch dies anzugeben. Dem Nacherben steht das im § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu. Die Vorschrift dieses Paragraphen bezweckt einerseits, den Nacherben gegen die Verfügungen des Vorerben zu schützen, die dieser nach den §§ 2113 ff. BGB. nicht mit Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben treffen kann, die aber vermöge des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten Wirksamkeit erlangen würden. Andererseits soll für einen Ausweis des Vorerben gesorgt werden, wenn dieser von den gewöhnlichen Beschränkungen seines Verfügungsrechtes befreit ist (§§ 2136, 2137 BGB.) oder zu einer Verfügung die Zustimmung des Nacherben beibringen muß. (§§ 2113, 2114, 2116, 2118, 2120, 185 BGB.)[139]) Einen solchen Zweck würde

[138]) Ebenso Planck: a. a. O., Erl. 6 c zu § 2368 BGB. Staudinger: a. a. O., Anm. 1 a zu § 2368 BGB. Crome: a. a. O., § 681, Anm. 11.

[139]) Planck: a. a. O., Anm. 1 zu § 2363 BGB.

eine entsprechende Angabe beim Testamentsvollstreckerzeugnis nicht haben können, denn Rechtsgeschäfte der in den §§ 2113 ff. angegebenen Art (Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück, Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt ist) würden das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen. Sie sollen daher beim Eintritt der Nacherbfolge unwirksam sein. Würde der Testamentsvollstrecker solche Geschäfte vornehmen, so würden sie nicht das Recht seines Nachfolgers beeinträchtigen oder vereiteln und daher diesem gegenüber nicht unwirksam sein. Denn der Testamentsvollstrecker hat gegenüber seinem Nachfolger nicht dieselbe gebundene Stellung, wie der Vorerbe gegenüber dem Nacherben. Der Vortestamentsvollstrecker hat vielmehr eine freie Stellung gegenüber seinem Nachfolger. Dieser erwirbt erst Rechte mit der Beendigung des Amtes seines Vorgängers. Hingegen hat der Nacherbe mit Eintritt der Erbfolge bereits ein Anwartschaftsrecht auf die Erbschaft. Ein solches Anwartschaftsrecht auf die Verwaltung des Nachlasses kann dem Nachfolger beim Testamentsvollstreckerzeugnis aber nicht zuerkannt werden. Würde in den Fällen der §§ 2114, 2116, 2118, 2120 BGB. dem Nachfolger im Testamentsvollstreckeramt ein Mitwirkungsrecht, wie es in diesem Paragraphen dem Nacherben eingeräumt ist, vom Erblasser gegeben sein, so würde es sich nicht mehr um eine Nachfolge im Amt, sondern um eine Mitvollstreckung handeln. Infolge der freieren Stellung des ersten Vollstreckers muß daher der Nachfolger alle Rechtsgeschäfte der hier fraglichen Art mit Wirksamkeit gegen sich gelten lassen.

Infolgedessen erübrigt sich im Zeugnis die Angabe der Anordnung eines Nachfolgers im Amt, sowie die Angabe, wer der Nachvollstrecker ist oder unter welchen Voraussetzungen die Nachvollstreckung eintritt. Das Gleiche wird für den Fall zutreffen, wenn ein Ersatzvollstrecker nach § 2197 Abs. 2 BGB.

berufen ist. Es bedarf auch keiner Angabe, daß der Nachfolger bezw. der Ersatzvollstrecker auf dasjenige eingesetzt ist, was bei Eintritt der Beendigung des Amtes, also im Falle seines Amtsantrittes, übrig sein würde. Dies ergibt sich beim Zeugnis aus der Natur der Sache, insofern nämlich, als der Nachfolger bezw. der Ersatzvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses weiter führt, soweit sie von dem Vorgänger noch nicht erledigt ist.

Es bedarf weiter keiner Angabe, daß der erste Vollstrecker zur freien Verfügung über den Nachlaß berechtigt ist, wenn ein Nachfolger ernannt worden ist. Ein Vorerbe ist allerdings in Folge des Anwartschaftsrechts des Nacherben in der freien Verfügung über den Nachlaß gehindert. Nicht aber der Vollstrecker, dem ein Nachfolger ernannt ist. Die Worte: „Zur freien Verfügung über den Nachlaß berechtigt" beziehen sich nach dem Wortlaut und dem Sinn des § 2363 BGB. nur auf das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben. Ist der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zu allen Verfügungen über den Nachlaß mit Wirksamkeit gegen den Nacherben berechtigt, so ist dies im Erbschein anzugeben. Die Stellung des ersten Vollstreckers zu seinem Nachfolger im Amt ist dagegen immer eine freie. Infolgedessen erübrigt sich hier eine solche Annahme des Zeugnisses.

Ist der Vollstrecker zur freien Verfügung über den Nachlaß berechtigt, so muß dies im Zeugnis angegeben werden, aber nicht im Interesse eines eventuellen Nachfolgers, sondern weil eine solche Bestimmung über die Verwaltung den gesetzlichen Regeln nicht entsprechen würde und daher anzugeben ist. (§ 2368 Abs. 1 Satz 3 BGB.)

Die Angabe, daß eine Nachvollstreckung angeordnet ist, wird in der Regel auch keine Beschränkung in der Verwaltungsbefugnis des Vollstreckers sein, nämlich dann nicht, wenn die Nachvollstreckung erst mit Beendigung des Amtes eintritt. Gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB. sind aber nur die Be-

schränkungen des Vollstreckers in seiner Verwaltungsbefugnis anzugeben. Allerdings könnte in der Berufung eines Nachfolgers unter Umständen eine Beschränkung des Amtes des Testamentsvollstreckers erblickt werden, nämlich dann, wenn die Befugnis des Vollstreckers auf Verwaltung des Nachlasses nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (im Gegensatz zu der 30jährigen Frist des § 2210 BGB.), oder bis zum Eintritt eines gewissen Ereignisses angeordnet worden ist, mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses aber ein anderer sein Amt weiter führen würde. Hier würde es sich um eine — wenn auch nur zeitliche — Beschränkung der Verwaltung des Nachlasses handeln. In diesem Falle wäre die Beschränkung gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 im Zeugnis anzugeben.[140]) Die Angabe, daß ein Nachfolger angeordnet ist, unter welchen Umständen sie eintritt, und wer der Nachvollstrecker ist, würde nicht auf Grund des § 2363 BGB. erfolgen, sondern ihren Grund in der Vorschrift des § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB. finden. Die Vorschrift des § 2363 BGB. findet daher keine Anwendung auf das Testamentsvollstreckerzeugnis.[141]) Zweifelhaft könnte nur sein, ob ein Nachfolger bezw. ein Ersatzvollstrecker das Recht hat, die Herausgabe eines unrichtigen Zeugnisses an das Nachlaßgericht zu verlangen oder über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu fordern. (§§ 2363 Abs. 2, 2360, 2368 Abs. 3 BGB.) Nach meinem Dafürhalten ist dem Nachfolger oder dem Ersatzvollstrecker dieses Recht erst dann gegeben, wenn er wirklich Vollstrecker geworden ist. Solange sein Vorgänger noch im Amte ist, steht diesem allein das Recht auf Herausgabe zu. Der Nachfolger bezw. Ersatzvollstrecker ist noch nicht wirklicher Vollstrecker bis zum Antritt seines Amtes. Es kann ihm daher nicht das dem Vollstrecker zustehende Recht gegeben werden. Auch hat er kein Anwartschaftsrecht auf das Amt,

---

[140]) Vgl. Abhandl., Kapitel 2, § 3, S. 48.

[141]) Staudinger: a. a. O., Anm. 1b zu § 2368 BGB. verneint ebenfalls eine entsprechende Anwendbarkeit des § 2363 ohne Angabe der Gründe.

während der Nacherbe ein solches auf die Erbschaft hat. Ist daher letzterem ein solches Recht gegeben, so muß es für den Nachfolger im Amt bezw. für den Ersatztestamentsvollstrecker verneint werden, da hier ein solches Recht nicht besteht, also kein Grund vorliegt, ihm ein solches einzuräumen.[142])

§ 5. Die Vorschrift des § 2364 Abs. 1 BGB.

Auch die Vorschrift, daß, wenn der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt hat, dies im Erbschein anzugeben ist, kann für das Testamentsvollstreckerzeugnis keine Anwendung finden. Denn daß nach § 2364 BGB. die Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Erbschein anzugeben ist, bezweckt nur, allgemein die Verfügungsbeschränkung des Erben bekannt zu geben, nicht aber die konkrete Ausgestaltung der Testamentsvollstreckerverhältnisse zu bezeugen: also wer zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, ob er das Amt angenommen hat, welche Verfügungsmacht ihm zusteht. Zum Nachweis dieser besonderen Rechtsverhältnisse dient dem Testamentsvollstrecker das ihm nach Maßgabe des § 2368 BGB. ausgestellte Testamentsvollstreckerzeugnis über seine Ernennung.[143])

---

[142]) a. A. Staudinger: a. a. O., Anm. 1b zu § 2368 BGB. Drummen: a. a. O., S. 63.

[143]) Vgl. Abhandl., Kapitel 2, § 3. S. 46 ff.